



UNIVERSIDAD
TECNOLÓGICA
DEL PERÚ

Facultad de Derecho y Ciencias Humanas

Carrera de Derecho

**“Análisis de la pluralidad de instancia,
como afectación al derecho de defensa
del absuelto – condenado, en las
sentencias de vista, Arequipa 2018”**

Autores:

Renato Gustavo Valverde Málaga
Christian Fernando Vera Yucra

Para obtener el Título Profesional de
Abogado

Asesora:

Mg. Lorena Andrea Ortiz Paz

Arequipa, marzo del 2019

DEDICATORIA

A Dios por tantas bendiciones y por darme la oportunidad de crecer personal y profesionalmente.

A mis Padres, Francisca y Ángel Gustavo por darme la vida, por todo el amor brindado, por su ejemplo, por confiar en mí y por apoyarme siempre; a mis hermanos por su apoyo, comprensión y fortaleza.

A mis profesores y amigos por todo el apoyo y sus consejos brindados en mi formación académica.

Sin todos ellos, nada sería alcanzable.

Renato Gustavo Valverde Málaga.

A Dios a mi Madre, a mi familia y a mis seres queridos.

A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mi madre Luciana, quien a lo largo de mi vida ha velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. A mi familia que está apoyándome siempre, y a mis seres queridos compuestos por mis amigos y maestros es por ellos que soy lo que soy ahora. Los amo con mi vida.

Christian Fernando Vera Yucra.

AGRADECIMIENTO

A nuestro Director y Profesores de la Unidad de Pregrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Humanas de la Universidad Tecnológica del Perú, quienes supieron guiarnos en el aprendizaje y conocimiento del Derecho.

A nuestros Coordinadores y Profesores del Programa Especial de Tesis, por los conocimientos y enseñanzas recibidas y de manera muy especial a la Mg. Lorena Andrea Ortiz Paz, quien con gran amabilidad se dignó asesorarnos en el desarrollo de la presente tesis.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar la problemática que se da cuando la institución jurídica de la pluralidad de instancias, afecta el derecho de defensa del absuelto condenado, en las sentencias de vista; la metodología utilizada en el presente trabajo de investigación es la investigación jurídica empírica.

En el primer capítulo se, señala los antecedentes históricos de la pluralidad de instancia, procedemos a desarrollar su origen como institución jurídica del Derecho Romano y cómo ha venido evolucionado durante las diferentes épocas de la humanidad; asimismo, como se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, como está contemplada por el derecho comparado y cuál es el pronunciamiento sentado por el Tribunal Constitucional en lo referido al absuelto condenado. Consecuentemente se desarrollará el Derecho de Defensa del absuelto condenado y cuáles son los recursos impugnativos estipulados por nuestro ordenamiento jurídico como medios de defensa del absuelto condenado.

En el segundo capítulo, contempla las diferentes posturas que se han desarrollado acerca de figura jurídica del absuelto condenado, posturas que han sido desarrolladas

por los diferentes órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia; asimismo, las posturas desarrolladas por el derecho comparado, que han servido de base para que otros Estados adecuen su ordenamiento jurídico de acuerdo a los Convenios Internacionales.

En el tercer capítulo, se desarrollan las diferentes posturas que coadyuvan a solucionar el problema existente del absuelto condenado, posturas doctrinarias y de organismos internacionales, que en reiterados pronunciamientos han instado al Estado infractor que adecue su ordenamiento jurídico de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento internacional.

En el cuarto capítulo, está referido a desarrollar el debate y discusión de la postura adoptada, por los diferentes órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia en nuestro país y la posibilidad que existe de recurrir ante organismos internacionales, que permitan al absuelto condenado cuestionar la sentencia y la pena impuesta por los organismos nacionales encargados de administrar justicia.

Por ello, en la presente investigación planteamos la necesidad de modificar nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a lo establecido por los Convenios Internacionales y el Derecho Comparado, permitiendo que el absuelto condenado tenga el derecho de cuestionar ante un órgano jurisdiccional superior al que emitió la sentencia de vista condenatoria. Por lo que, en la presente investigación, plantearemos algunos aportes para que al absuelto condenado, se le garantice el derecho de la pluralidad de instancia.

Palabras clave: Pluralidad de instancias, Derecho de Defensa, Absuelto condenado, Recurso Impugnativo.

ABSTRACT

The present investigation has like objective analyze the problematic that occurs when the legal institution of the plurality of instances, affects the right of defense of the acquitted condemned, in the sentences of sight; the methodology used in this research work is empirical legal research.

In the first chapter, it points out the historical background of the plurality of instances, we proceed to develop its origin as a legal institution of Roman Law and how it has evolved during the different epochs of humanity; also, as it is enshrined in our legal system, as contemplated by comparative law and what is the ruling issued by the Constitutional Court in relation to the convicted acquitted. Consequently, the Defense Law of the acquitted convicted person will be developed and what are the impugnative remedies stipulated by our legal system as means of defense of the convicted acquitted.

In the second chapter, it contemplates the different positions that have been developed about the juridical figure of the convicted acquitted, positions that have been developed by the different jurisdictional bodies in charge of administering justice; likewise, the positions

developed by comparative law, which have served as a basis for other States to adapt their legal system according to the International Agreements.

In the third chapter, the different positions are developed that contribute to solve the existing problem of the convicted acquitted, doctrinal positions and international organizations, which in repeated pronouncements have urged the offending State to adapt its legal system in accordance with the provisions of the law international.

In the fourth chapter, is referred to develop the debate and discussion of the position adopted, by the different jurisdictional bodies in charge of administering justice in our country and the possibility that exists to appeal before international organizations, that allow the acquitted convicted person to question the sentence and the penalty imposed by the national agencies responsible for administering justice.

Therefore, in the present investigation we propose the need to modify our legal system, in accordance with the provisions of the International Conventions and Comparative Law, allowing the convicted acquitted to have the right to question before a higher jurisdictional body than the one that issued the judgment. of condemnatory view. Therefore, in the presentation of the investigation, we will propose some contributions so that the acquitted convicted person will be guaranteed the right to plurality of instance.

Key Words: Plurality of instances, Defense Law, Sentenced acquitted, Impugnant Appeal.

INDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT	vi
INDICE	viii
INTRODUCCIÓN.....	xii
CAPÍTULO 1.....	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	1
1.1. La Pluralidad de Instancias.....	1
1.2. Marco Legal y Normativo de la Pluralidad de Instancias.....	6
1.2.1. La Constitución Política del Perú	6
1.2.2. Tratados Internacionales relacionados a la Condena del Absuelto.....	7
1.2.2.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Pluralidad de Instancia	8
a) El Caso del Sr. Mohamed vs Argentina	9
b) El Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica	12
1.2.3. Tratamiento del Tribunal Constitucional referidas a la condena del absuelto	
15	
1.3. El absuelto condenado y su tratamiento en el Código Procesal Penal.....	18
1.4. El Derecho de defensa en relación al absuelto condenado.....	19
1.4.1. El derecho de defensa y la Garantía del debido proceso	22
1.4.2. La Tutela jurisdiccional como concepto de defensa.....	24

1.4.3.	Los Principios de Economía y Celeridad Procesal en el absuelto condenado	26
1.4.4.	La afectación del Principio de oralidad después de la sentencia de vista ...	29
1.4.5.	El Principio de inmediación en el absuelto condenado	30
1.4.6.	La Motivación de resoluciones como afectación al derecho de defensa	32
1.5.	Los Recursos impugnatorios como medios al derecho de defensa.....	34
1.5.1.	La Reposición.....	34
1.5.2.	El Recurso de Apelación	35
1.5.3.	El Recurso de Queja.....	36
1.5.4.	El Recurso extraordinario de Casación.....	37
CAPÍTULO 2.....		39
EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA INVESTIGACIÓN		39
2.1.	Teorías relacionadas a la pluralidad de instancias.....	39
a)	La Teoría Positiva.....	39
b)	La Teoría Negativa	41
2.2.	Posiciones adoptadas por la jurisdicción internacional respecto a la condena del absuelto	42
2.2.1.	En Colombia.....	42
2.2.2.	En Alemania:	46
2.2.3.	En Italia:	46
2.3.	Pronunciamiento del absuelto condenado en la Jurisprudencia y Doctrina del Perú	47
2.3.1.	Análisis del pronunciamiento de la Primera instancia	47

2.3.2.	Pronunciamiento de la Corte Suprema	49
a)	Existencia de la Reformatio in Peius.....	50
b)	Análisis que realiza la Corte Suprema respecto al Código Procesal Penal .51	
c)	Análisis que hace la corte respecto a la doble instancia	51
d)	Análisis que hace la Corte Suprema respecto al pronunciamiento que realiza la CIDH	52
e)	Análisis que hace la corte suprema respecto a la prueba	53
2.3.3.	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú	55
CAPÍTULO 3.....		57
POSTURA DE LA INVESTIGACIÓN DE LA NON REFORMATIO IN PEIUS.....		57
3.1.	La Reformatio in Peius	57
3.2.	Justificación de la Non Reformation in Peius	59
3.3.	Postura del Dr. Fernando Vicente Núñez Pérez	60
3.4.	Postura del Dr. Jorge Luis Salas Arenas	63
3.4.1.	Hipótesis de la revisión de la condena.....	63
3.4.2.	Análisis de casuística internacional referente a la Reformatio in Peius	64
a)	CIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)	64
b)	CIDH, caso Mohamed vs Argentina, informe N° 2/05	65
c)	Análisis de lo resuelto por el Convenio Europeo y la Convención América de derechos Humanos, en el caso Mohamed vs Argentina	66
d)	Análisis del caso Casal.....	66
e)	Análisis del caso Mendoza y otros vs. Argentina	67
3.5.	Postura del Dr. Arsenio Ore Guardia	68

3.5.1. Alcances y problemática de viniente del Art. 425, inciso 3, literal b) del Código Procesal Penal	68
3.6. Propuesta para la solución del problema	70
3.6.1. Modificación de los artículos 419 inc. 2 literal b, 425 inc. 3 y 439	70
3.6.2. Creación de la Moción Legislativa	70
CAPÍTULO 4.....	74
OBJECIONES A LA POSTURA DE LA INVESTIGACIÓN	74
4.1. Posiciones asumidas por los órganos jurisdiccionales en el Perú.....	74
4.2. Posturas que cuestionan la figura de la condena del absuelto.....	75
4.2.1. La Postura de amparar el fallo condenatorio a lo resuelto por los Tratados Internacionales suscritos por el Perú	75
4.2.2. Jurisprudencia relevante del sistema judicial Peruano.....	77
4.2.4. Casuística que nos dice que no es posible la condena del absuelto....	80
4.2.5. Análisis realizado de la figura de la pluralidad de instancia como garantía procesal y constitucional.....	83
4.2.6. Análisis realizado del recurso de casación y apelación en el absuelto condenado.....	86
4.2.7. Análisis del Pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación al absuelto condenado	87
CONCLUSIONES	89
SUGERENCIAS.....	92
ANEXOS.....	93
GLOSARIO.....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	122

INTRODUCCIÓN

Nuestro Nuevo Código Procesal penal, desde su aplicación, ha tenido y tiene hasta ahora una serie de cuestionamientos, uno de ellos es la aplicación de la figura procesal del absuelto condenado, dado que su tratamiento ha generado distintos pronunciamientos por parte de los magistrados.

En este sentido, la normativa procesal que genera el problema se encuentra contenida en dos artículos a saber: el art. 419, inciso 2 y el 425 literal 3, inciso b, en tales artículos permite condenar en segunda instancia a aquella persona que fue absuelta en primera instancia, negándole así la posibilidad de poder defenderse dentro de una instancia ordinaria. Esta normativa contraviene con lo dispuesto en el art. 139 inc. 6 de nuestra Carta Magna, el cual establece que toda persona que se encuentra afrontando un proceso judicial tiene derecho a apelar todo tipo de sentencia, lo que es denominado como “la pluralidad de la instancia”.

En nuestro país existen una serie de instituciones, que resuelven cuestionamientos de derecho. El Tribunal Constitucional, y la Corte Suprema por ejemplo se han pronunciado,

sobre este problema, que al aplicar la normativa procesal probablemente se estaría vulnerando el derecho de defensa del procesado, puesto que no existe instancia ordinaria, que solucione dicho problema.

A ello podemos añadir que existe en nuestro ordenamiento un recurso extraordinario, denominado casación, al cual se puede acudir como una especie de “tercera instancia”, sin embargo, tal recurso sólo ve cuestiones de forma y de afectación del debido proceso, más aun la mayoría de los procesos que llegan a esta instancia no son solucionados y en el mejor de los casos se dicta la nulidad de las instancias inferiores, para que el proceso vuelva a foja cero, para iniciar un nuevo proceso, esto último ocasiona la afectación de otros derechos como la celeridad y economía procesal, y peor aún ahonda en un problema mayor que actualmente tenemos en nuestra legislación que es la carga procesal.

Así tenemos que la norma procesal, no comparte un criterio uniforme con respecto a los órganos institucionales ya mencionados, agrandando el problema de la condena del absuelto. A todo lo mencionado debemos agregar pronunciamientos y casuística de organismos internacionales, que se pronuncian al respecto, la postura de estos organismos, nos dicen que cuando se da este caso, se produce en efecto una vulneración al derecho de defensa del procesado, sustentando con una serie de pronunciamientos realizados en distintos países de nuestra región.

Por estas consideraciones se ha desarrollado la presente investigación que busca responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Por qué la pluralidad de instancia afecta el derecho de defensa del absuelto-condenado, en las sentencias de vista?, y teniendo como problemas específicos: i) ¿Qué efectos producen la pluralidad de instancia cuando se contraponen la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Penal, los

Tratados Internacionales y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación a la condena del absuelto? y ii) ¿Por qué el derecho de defensa de manera específica, se ve afectado en ponderación a otros principios y derechos de un proceso judicial?

El objetivo general propuesto es: Analizar la pluralidad de instancia, cuando se afecta el derecho de defensa del absuelto-condenado, en las sentencias de vista. y los objetivos específicos son: i) Identificar los efectos de la pluralidad de instancia que se da en la aplicación de la norma constitucional, Código Procesal Penal, Tratados Internacionales y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación a la condena del absuelto. y Analizar el derecho de defensa y su afectación en relación a otros principios y derechos que afectan al absuelto condenado.

La hipótesis que se ha planteado es: Dado que la pluralidad de instancias se encuentra consagrada dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que garantiza que las personas que forman parte de un proceso, puedan recurrir ante un órgano jurisdiccional superior al que resolvió, con la finalidad que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. Si, nuestro ordenamiento jurídico estipula que la sala penal de apelaciones únicamente debe valorar nueva prueba y no otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, facultando a la sala que podrá dictar sentencias condenatorias y al no existir un órgano jurisdiccional superior donde recurrir que resuelva el problema de fondo. Es probable que se afecte el derecho de defensa del absuelto condenado.

El primer capítulo contiene los antecedentes históricos y conceptos generales de nuestra investigación.

El segundo capítulo contiene las teorías y posiciones de la figura de la pluralidad de instancia así como los distintos análisis y pronunciamientos de los organismos nacionales e internacionales.

El tercer capítulo contiene el desarrollo de la postura adoptada que fortalece la *Non Reformatio in Peius*.

El cuarto capítulo contiene la discusión de las posiciones que cuestionan la figura del absuelto condenado.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. La Pluralidad de Instancias

La pluralidad de instancia es una institución jurídica que tuvo su origen en Roma, como sabemos el imperio Romano hizo grandes aportes a la humanidad, uno de ellos, tal vez el más trascendental para la humanidad es el Derecho, y dentro de este él nacimiento de grandes figuras legales; una de ellas en un sentido incipiente son los distintos tipos de impugnación que a lo largo de la historia, se ha ido desarrollando, motivo por el cual es importante conocer, para tener un mejor entendimiento. Es así que el Profesor Priori citado por Calamandrei manifiesta que:

La pluralidad de instancias ha evolucionado con el paso de la historia, es así que en la época romana existió tres tipos de proceso: el proceso de *legis actionis*, donde la sentencia expedida por el iudex no tenía ninguna posibilidad de impugnación, ya que eran las partes quien escogían al juez y por lo tanto estaban obligados a acatar la decisión de este (2003, pág. 408), *la revocatio in duplum*, en este proceso se declaraban nulas las sentencias cuando existía un vicio, y finalmente *la restituo in integrum*, en este proceso se eliminaba todo lo que se había avanzado hasta ese momento (Calamandrei, 2000, pág. 409).

De lo anterior, podemos entender y aclarar que durante el imperio Romano, con el paso del tiempo se esquematizo y ordeno el sistema legal, creándose una jerarquía

en donde la cabeza era el emperador, y los órganos judiciales giraban en torno a él, y es el emperador quien dictaba todas estas medidas, las cuales regían el ordenamiento del pueblo. Era el emperador quien adoptaba estas nuevas figuras procesales.

Un autor que nos brinda una perspectiva histórica de la pluralidad de instancia es el jurista Geldres Bendezu, quien manifiesta que:

El inicio de la pluralidad de instancias tiene antecedente en la determinación adoptada por el cónsul Romano Valerio, conocido como "Publicola" hace aprox. 450 a. c. donde dicha autoridad otorgo a todo ciudadano romano condenado a muerte o a la flagelación, el derecho de apelar ante la Asamblea romana (Geldres, Separata de Derecho Romano I, 2000).

Entendemos que es entonces la primera definición que se da de la pluralidad de instancias es hecha por los romanos, no cabe duda señalar que fueron ellos los creadores del derecho y a su vez principal aporte a la humanidad.

Es en este contexto es que surge la figura de la *apellatio*, apelación cuyo objetivo era corregir lo injusto, los errores en que incurrían los jueces, el cual era directamente corregido por el mismo emperador, ya que este era considerado de origen divino, por lo cual no cabía la posibilidad que haya equivocación. "no es difícil advertir, que la apelación cumplía una doble función en el sistema jurídico Romano, no solo mitigaba, sino que eliminaba el riesgo de error judicial" (Priori, 2003, pág. 409). Sin olvidar que la finalidad en general de esta doble instancia, era lograr una total concentración del poder por parte del emperador.

Y como era de esperar la cantidad de apelaciones eran tantas que el emperador no podía absolverlas, es así que el emperador Justiniano abolió el recurso de apelación, sobre esta abolición el profesor Priori señala:

La creación de un gran imperio está basado en tener una gran estructura legal judicial donde a través de sus instituciones se logra una consolidación del poder Imperial y más bien el abuso de algunas figuras jurídico legales como es el caso de la apelación, fueron prohibidas e inclusive sancionadas a aquel litigante que en un principio obtuvo una resolución igual, la cual era confirmada en segunda instancia (Priori, 2003, pág. 409).

Como se puede observar la apelación en el imperio romano fue excesivamente usada tal es así que se prohibió su uso, exclusivamente a casos donde solo hubiese existido certeza de la existencia de un error y este a su vez era totalmente evidente, inclusive sancionando al litigante, debemos entender, que lo pedía sin fundamento alguno, esta medida debió tener la finalidad de evitar una carga sobre procesal.

En la Edad Media, los cambios que se dieron con respecto a la pluralidad de instancia se dieron más por intereses de aquellas personas empoderadas en el poder, tales como los reyes y los señores feudales. Los reyes creaban leyes donde los recursos eran interpuestos directamente ante ellos, a esto los señores de la tierra los señores feudales implantaron sus propios tribunales donde ellos eran amos y señores, el cual los beneficiaba económicamente puesto que cobraban una renta, creándose un conflicto de competencias cuyo único fin era incrementar su poder propio, es también en esta época donde la doble instancia fue empleada como un mecanismo para consolidar su poderío. "(...) en suma, durante la Edad Media, los recursos se multiplicaron y los procesos se dilataron" (Priori, 2003, pág. 409).

En ese sentido, el profesor Vescovi (1988, pág. 18) nos dice que:

Incluso los llamados a administrar justicia, los jueces propiamente dichos trataban de interponer los recursos de apelación, puesto que con esta acción mejoraban su economía. No obstante cabe recalcar que a través de este tiempo hubo un perfeccionamiento de la norma, que finalmente llegó a nosotros. Se tomó y perfeccionó el Sistema Romano de la *apellatio*, aunque por excepción debemos precisar que se perjudicaría al vencido en esta segunda instancia causándole un daño irreparable. Ya que no existiría una instancia superior.

Por lo tanto, debemos entender que el fin de la apelación nuevamente estuvo ligado a intereses propios al poder y conservación de este, y también sumándole un interés económico, tanto en la Edad antigua como media. Frente a ello es bueno analizar y preguntarnos si el uso de esta figura procesal prestaba un servicio al derecho material. En este contexto histórico debemos precisar que el uso de esta figura procesal no tenía fines de derecho, que es buscar la paz social sino todo lo contrario, concentrar poder, y hacer que este perdure para fines solo personales.

Es entonces que en la actualidad para ser más específicos en el Perú, la pluralidad de instancia es reconocida como una garantía y un derecho por la Carta Magna del Perú, plasmada en el artículo 139° inciso 6, así también y de la misma forma lo hacen organismos internacionales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14° inciso 5, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8° inciso 2, literal h.

Así también, el Código Procesal Penal en el artículo I inciso 4 del Título Preliminar prescribe que. Las sentencias son apelables, en los sucesos y en los modos previstos en la ley. (2015, pág. 427). Esto quiere decir que toda resolución emitida podrá ser revisada en casos en que la ley lo faculte.

También de la misma forma lo hace la ley Orgánica del Poder Judicial específicamente en su artículo 11° que nos dice que las resoluciones pueden ser sometidas a revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior, manifestando también que la interposición de un medio impugnatorio constituye un acto voluntario del justiciable. Y finalmente taxativamente dice lo que se resuelve en la segunda instancia constituye en el derecho cosa juzgada, donde la apelación procede según Ley.

Es importante tener en claro que es la pluralidad de instancias, en términos claros y sencillos es así que el Doctor Jorge Luis Salas Arenas, Ex Presidente de la Corte Superior de Arequipa y actual juez supremo de la nación manifiesta que:

La doble instancia o pluralidad es una garantía del debido proceso cuyo fin es que lo dispuesto por el juez "A QUO" tiene que ser revisado por una instancia u órgano superior, en ese sentido lo que se resuelve tiene que ser objeto de un doble pronunciamiento. No existiendo subordinación o dependencia de las instancias, ya que todos los jueces son independientes a la función jurisdiccional que realizan (2011, pág. 23).

De lo anterior podemos entender que para el autor antes mencionado la pluralidad de instancias es un derecho y a su vez también es una garantía constitucional subsumido en el debido proceso, cuyo fin se manifiesta en el doble pronunciamiento que busca garantizar el proceso, precisando que los jueces no tienen subordinación con respecto a las instancias del proceso, ya que estas son independientes y por ende es su debida motivación los lleva a dictar las resoluciones correspondientes en su función jurisdiccional.

La pluralidad de instancias permite a una resolución que fue emitida en una primera instancia sea objeto de una apelación por ende revisada, vista en una instancia superior en este caso segunda, incluso en un tercera pseudo instancia (en el Perú se

llama recurso extraordinario de casación). Aclarando que puede existir la posibilidad que haya ocurrido un error, deficiencia o vulneración de un derecho, estando contenida en la resolución expedida por una instancia de menor jerarquía, pudiendo ser subsanada de forma o en casos especiales ser declarada nula. Ahora bien la pluralidad de instancia, se puede explicar de una manera simple y resumida en:

Someter a un Tribunal de jerarquía más alta, lo que se resolvió, la sentencia y la pena, se entiende cumplido esta doble instancia cuando la persona que ha sido sentenciada tiene acceso a apelar la resolución impuesta y se podrá entender una violación a este derecho, cuando en la normativa no exista o prevea una instancia, un recurso una medida., etc. La cual proteja al procesado (Gimeno, 2007, págs. 123-125).

Podemos entender que la doble instancia busca proteger al procesado pero esta debe estar amparada en la misma legislación la cual administra justicia a todas las personas para así no vulnerar los derechos de los ciudadanos.

1.2. Marco Legal y Normativo de la Pluralidad de Instancias

1.2.1. La Constitución Política del Perú

El inciso 6 del artículo 139º de la Carta Magna del Estado, consagra el derecho a la pluralidad de instancia, es en ese sentido que haciendo un análisis entendemos a la pluralidad de instancia de dos formas; primero como una garantía, y segundo como un derecho.

Sánchez Velarde (2006, pág. 95) nos dice que la pluralidad de instancia es una garantía que tiene un doble nivel de jurisdicción, utilizando una definición "(...) como supuesto mínimo" en otras palabras nos manifiesta que la pluralidad de instancia es una garantía del debido proceso, no quedando satisfecho con dicha garantía, puesto que probablemente en el futuro se

presente la figura del absuelto-condenado, empero, también asegura que la pluralidad es un derecho vinculado a la tutela jurisdiccional mediante el acceso por parte del imputado al uso de recursos procesales.

Aníbal Quiroga considera que la pluralidad de instancia es:

Una garantía cuya finalidad trata de mantener y preservar el derecho al uso de este como recurso, como garantía cautelar donde los jueces una vez emitidas sus resoluciones finales tengan una posible revisión ulterior si así lo solicita la parte afectada, puesto que la doble instancia es para él un derecho subjetivo y público, inherente taxativamente dentro de un principio a la libre impugnación que tienen todos los procesados (Quiroga & y otros, 2011).

Podemos entender que la pluralidad de instancia, se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico como garantía, y derecho, buscando velar por un correcto proceso, y cautelando los derechos de las personas, implicadas, dentro de un ordenamiento jerárquico como lo es la Constitución del Estado.

1.2.2. Tratados Internacionales relacionados a la Condena del Absuelto

La figura del absuelto condenado está representada básicamente en el sujeto al cual se le ha impuesto una sentencia condenatoria en la sala superior. Habiéndolo absuelto en la instancia inferior en otras palabras primera sentencia, privándole así la posibilidad de que este se defienda, dado así este es uno de los temas más controvertidos que actualmente tiene el proceso penal Peruano, nos dice el jurista Pariona que:

Se ha puesto al sujeto que ha sido absuelto en la resolución de primera instancia y seguidamente fue condenado en segunda en una situación de vulneración y a su vez pone en debate la afectación de principios como el de inmediación y también se ven afectados derechos fundamentales que componen el debido proceso básicamente en: la pluralidad de instancias, plazo razonable y derecho de defensa (Pariona, 2018, págs. 1- 4).

Podemos entender que con esta figura se coloca al sujeto, o individuo en un estado de indefensión dado que no tiene oportunidad alguna de ejercer su derecho de defensa puesto que la instancia superior que prevé nuestro ordenamiento jurídico es el recurso extraordinario de Casación, pero esta a su vez es limitativa, no revisa cuestiones de fondo, no permite presentar prueba, violando el principio de inmediación, etc., mas solo se limitara a revisar cuestiones de forma, y o declara la nulidad de los procesos, alargando procesos innecesariamente, perjudicando en este sentido al imputado.

1.2.2.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Pluralidad de Instancia

La Nación del Perú en julio del año 1977, se adhirió de manera libre y soberana a la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José. En 1981 acepto la competencia de tal institución, que en su artículo 68, nos dice que todos los Estados integrantes se comprometen a cumplir lo que decida el tribunal. También debemos señalar que la Constitución del Perú, en su artículo 55 señala: “los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Cruz, 2018). Es por esto que debemos entender la importancia de pertenecer a este tipo de convenio el cual nos vemos con la obligación de cumplir son las disposiciones internacionales cuyo efecto principal es el bienestar general.

El constitucionalista García Belaunde (). Manifiesta que:

Nos guste o no sus sentencias deben de ser cumplidas mientras formemos parte del tratado” Nos dice que el acatar lo que resuelva la CIDH. No afectaría la soberanía Nacional, ya que este al firmar el Pacto de San José acepto cumplir sus condiciones. (Citado por Cruz, 2018)

Es importe aclarar que para motivos de estudio y análisis del presente trabajo no vamos a tocar la estructura institucional del Pacto de San José, ya que sabemos que en su interior existen diferentes organismos independientes, como lo son la Corte IDH, la Comisión IDH o la misma Convención, lo que nosotros analizaremos son pronunciamientos y sentencias de manera general, y uniforme respecto al tema del Absuelto-condenado.

a) El Caso del Sr. Mohamed vs Argentina

Es tal vez el caso de mayor importancia a nivel internacional donde se toca el tema del absuelto-condenado, generando un importante precedente para los países pertenecientes a la CIDH. Los cuales tienen el sistema acusatorio.

Este caso en esencia se refiere a que el señor Oscar Mohamed es condenado como autor del delito de homicidio culposo, en la segunda instancia, siendo que en la instancia inferior fue absuelto de todo cargo penal.

Primero, al señor Mohamed se le violaron varios derechos fundamentales y el primero y quizás uno de los más importantes para todo procesado es el derecho a recurrir el fallo entendiéndose este como a ser admitido siquiera en una

instancia superior. La corte se manifestó de acuerdo primero al alcance y segundo al contenido aseverando que toda persona tiene el derecho de que su sentencia condenatoria de la instancia inferior y posteriormente revisada en sala la cual sea condenatoria, el estado tiene que brindarle derecho a una defensa legitima.

Dentro del análisis que hace la Corte, establece que el ordenamiento legal de Argentina en cual se le aplico en dicho caso, no tenía ningún recurso de impugnación que devenía de una sentencia condenatoria de sala, sino más bien un recurso federal extraordinario lo que en nuestro país sería la casación a ello también sumarle el recurso de queja como recurso posterior.

Es en este sentido que la corte, manifiesta que el recurso federal no es un medio de impugnación ideal cuyos requisitos para la admisibilidad de tal recurso no son las suficientes e idóneas por lo tanto limitan la revisión de dicho recurso cuyas cuestiones se basan más en aspectos procesales como la validez, la norma constitucional o la motivación de la sentencia sacando cuestiones de prueba o de análisis factico del tipo penal, en términos generales la corte asegura que el estado Argentino no garantizo un recurso accesible que sea eficaz normativamente hablando el cual hubiese permitido un reexamen de la sentencia condenatoria, en las disposiciones

pertinentes al caso, como el artículo 8.2.h de la Convención cuyo fin fundamental es garantizar y respetar un derecho de defensa efectivo. También la corte se pronuncia respecto a la queja, siendo este no eficaz en el caso en concreto ya que este tiene otro fin, y sobre todo no garantiza a la revisión y acceso a recurrir al fallo condenatorio que deviene de una sentencia.

En uno de los puntos importantes que la corte menciona en el presente caso, es respecto al principio ne bis in ídem (a no ser procesado dos veces por el mismo hecho) el tribunal argentino menciona que no hubo dos juicios o dos procesos distintos, asegurando que el estado no violó, el artículo 8.4 de la Convención, el cual vela por este principio siendo que existió un proceso conforme a las disposiciones de dichos organismos internacionales.

Otro principio que se ve en este caso es de legalidad, siendo que en el presente caso se le negó el derecho a recurrir a ser examinadas en una instancia superior, para que este conozca plenamente el caso y después pueda resolverlo, en ese sentido se considera no pertinente las consideraciones de los fundamentos jurídicos de la sentencia condenatoria basados en el tipo penal del delito de homicidio culposo implicarían vulneración del principio de legalidad, ya que está plenamente establecido en su norma específica del estado argentino.

Dentro de la parte resolutoria el tribunal de la Corte ordeno una serie de medidas para que el estado argentino tome y haga efectiva, dentro de lo más importante debemos mencionar, sugiere que el estado argentino modifique su legislación y la adecue para solucionar y ver el caso del absuelto condenado y que tome las medidas necesarias para proteger a los procesados y no vuelva a ocurrir casos semejantes.

b) El Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica

El caso, comienza cuando el periodista Mauricio Herrera Ulloa, el cual trabaja en el periódico la Nación de Costa Rica publica, una serie de artículos (los días 19,20 y 21) referente a Félix Przedborski, que en ese tiempo era un diplomático de la nación de Costa Rica, (delegado de Costa Rica, en la organización internacional de Energía Atómica) en el año de 1995, los cuales vinculaban al señor Przedborski con una serie de conductas ilícitas las cuales fueron recogidas de periódicos europeos ya que tales hechos sucedieron en dicho continente.

Ante tales hechos el diplomático hizo su descargo los cuales los realizo el 25 de mayo, en el mismo periódico, dando una versión diferente. El diplomático, además interpuso dos querellas una al periódico la Nación y la otra al periodista Ulloa por una serie de delitos como difamación, calumnia y ofensas contra el honor de la persona, las cuales se manifestaban en la publicaciones del diario. También inicio acciones civiles resarcitorias lo que en

nuestro país sería procesos de una reparación civil de indemnización, en contra de del periódico y el periodista.

La primera sentencia se dictó el 29 de mayo de 1988 la cual fue absolutoria, cuyo fundamento principal fue la ausencia de dolo, puesto que este elemento subjetivo es fundamental para el tipo penal. El fallo fue apelado, Przedborski interpuso casación ante la corte suprema de Costa Rica, donde se analizó el caso y se anuló la sentencia absolutoria. La Corte Suprema de Costa Rica, emite una sentencia donde condena al periodista Herrera Ulloa y al periódico la Nación, ya que este fue el medio de publicación del presente caso, relacionando en nuestra legislación parecida a una especie de responsabilidad solidaria.

El abogado defensor del periodista y el apoderado del periódico la Nación, interpusieron recurso de casación, ante la Corte Suprema los cuales fueron declarados no procedentes. (Humanos, 2000).

Una vez agotadas todas las instancias legales judiciales de Costa Rica, se inicia el trámite ante la Comisión Americana, en el año 2001, el cual fue declarado admisible, La comisión pidió a la Corte, que declare la existencia de una responsabilidad por parte del estado Costarricense bajo la violación presunta de los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber

de adoptar disposiciones del derecho interno) y 13 (libertad de pensamiento y expresión) de la convención americana, en agravio, perjuicio del periodista y representante legal del periódico, así mismo se alegó la violación de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de dicho organismo internacional. Posteriormente el caso fue remitido a la Corte Interamericana en el año 2003.

Para hacer un análisis del caso, en la legislación de Costa Rica, se daba un caso en particular donde los jueces encargados de la resolución de conflictos, tenían la facultad de resolver en distantes veces el mismo caso, en el caso en cuestión por ejemplo, la tercera sala donde los magistrados eran los mismos, resolvieron indistintamente, primero anularon el fallo condenatorio posteriormente ante la apelación condenaron. Ante esto la Corte, manifiesta que esta praxis, estaría violando la imparcialidad de los jueces ya que viola el derecho a ser juzgados de manera imparcial, contenido en el artículo 8.1 de la convención. (Lecciones aprendidas, 2010)

En este caso en especial se lograron establecer importantes aportes para el derecho y en el tema que es de relevancia de la condena del absuelto se denota en los estándares democráticos referidos a los medios ordinarios y extraordinarios siendo de vital importancia la facultad que tengan estos para una adecuada defensa de los procesados.

1.2.3. Tratamiento del Tribunal Constitucional referidas a la condena del absuelto

En ese sentido se ha tratado de recabar información pertinente e importante para nuestro tema, seleccionando sentencias, consultas y casaciones que son de vital importancia para el estudio del tema, encontramos contradicción en los distintos casos los cuales nos parece pertinente citar.

- a) El expediente N° 2008-01403-87 de Huara, encontramos la figura del absuelto-condenado, donde la sala penal de la Corte Superior de justicia de la ciudad de Huara, reformo y condeno en segunda instancia, cuyo antecedente era una sentencia absolutoria.

- b) Un caso el cual encontramos contradicción al caso anterior es el expediente N°2008-12172-15 Arequipa, dictado por la sala superior de dicha ciudad, en el cual la sala, manifiesta que condenar en segunda instancia, es una situación especial por ende es necesario tomar en cuenta la Reformatio in peius. Esta reforma en peor, no es aplicable, en tal sentido no se puede tomar en cuenta el apartado b) del inciso 3 del artículo 425, de la norma específica (Código procesal penal), por ende este caso fue elevado en consulta. Este caso fortalece nuestra hipótesis y manifiesta la problemática existente al tema, pronunciamientos distintos.

- c) La consulta del expediente N°2491-2010- Arequipa del año 2010, a la sala de derecho constitucional, nos indicó que cuando se da la figura del absuelto condenado, no tiene afectación a la garantía constitucional de doble instancia, ya que en los actuados ha encontrado que ha existido condiciones de igualdad de derechos respecto a las partes procesales

interesadas. En su resolución no considero la existencia de una vulneración, desaprobando la consulta.

d) Bajo esta misma línea encontramos la casación N°195-2012 de San Martín donde la Sala permanente determino, su postura a favor del condena en segunda instancia y manifiesta que es posible siempre y cuando esté basado en la prueba, tanto en su valoración y actuación que se da en la audiencia de apelación, no afectando el derecho a recurrir a una instancia superior la cual sería la casación, tampoco afectaría el principio de inmediación estableciendo criterios, supuestos en los cuales se puede condenar al absuelto los cuales son:

i) El cambio de la valoración de la prueba personal por la actuación de la prueba en segunda instancia.

ii) Cambiar la valoración de la prueba que no requiere inmediación

iii) Corregir errores de derecho, estableciéndola como doctrina jurisprudencial

iv) Lo principal es que la decisión del fondo, como criterio se declara nula la primera sentencia (vista) ya que esta afecta el principio de inmediación afectando la motivación de las resoluciones.

e) El anterior pronunciamiento tuvo un efecto sobre la Casación N°40-20-12 de Amazonas, en la cual tomo en consideración lo que dicto la sala permanente de San Martín, manifestando que es constitucional condenar al absuelto.

- f) La Casación N° 280-2013 de Cajamarca, nos indica algo importante respecto a nuestra postura, nos indica que dejar condenar en segunda instancia deja al procesado en un estado de indefensión, sin la existencia de un recurso idóneo, eficaz, contemplando que la casación es un recurso limitado. Por lo tanto a través de este fallo, se sugiere la creación de un órgano jurisdiccional con competencia y alcances necesarios una resolución completa del fondo y del hecho, haciendo un verdadero análisis sobre las sentencias predecesoras. En el caso en consulta se declaró nula la sentencia de vista ya que esta afectó el derecho a motivar las resoluciones por parte de los colegiados.
- g) La Casación N° 385-2013 de San Martín del año 2015, nos dice que si es posible la existencia de una condena al absuelto, pero esta decisión está subordinado a lo que se desarrolle en la apelación con respecto a la actuación probatoria, pero a su vez manifiesta y repite lo afirmado en la Casación de Cajamarca, respecto a la creación de un órgano con facultades amplias en este caso una sala de revisión para cada distrito judicial, donde se realice un juicio de derecho y hecho. También manifiesta que al pronunciarse sobre el fondo, se manifiesta que existe la posibilidad de una incompatibilidad de interpretación tanto en la sentencia de vista referida a las declaraciones, respecto a lo que se decidió en el juicio oral.
- h) Una Casación con la cual fortalece nuestra hipótesis, es la N° 194-2014 de Ancash, emitida el 2015, nos manifiesta que la casación cuando se da la figura del absuelto condenado, no es el medio adecuado sino más bien es la apelación, pero para ello primero se tienen que habilitar Salas de

revisión en cada distrito judicial, mientras tanto lo que se puede hacer es declara la nulidad tanto la 1ra como la 2da sentencia, para que se ordene la realización de un nuevo juicio, para asegurar la doble impugnación si se diera el caso de la condena en la sentencia de vista, lo que a su vez se tomó como Doctrina Jurisprudencial. Un claro ejemplo que se basa en esta casación son la Casación N° 542-2014 de Tacna y la N° 454-2014 de Arequipa del 2015.

1.3. El absuelto condenado y su tratamiento en el Código Procesal Penal

La figura del absuelto condenado es una figura especial, y dentro del tratamiento de la norma específica, en este caso el CPP lo regula en dos artículos de su cuerpo normativo, el 419 y el 425, los cuales a nuestra manera de ver, son el principal problema ya que su interpretación, genera distintas motivaciones, unos jueces se apartan de este estipulado procesal y otros la toman como justificación para condenar.

- a) El artículo 419, inciso 2, está referido de manera general a las facultades de la sala penal superior, con respecto a examinar las resoluciones, pero de manera específica en el inciso 2, nos manifiesta que en el caso de sentencias que en primera fue absolutoria se podrá, dictar sentencia condenatoria. Para nuestro análisis deja un amplio margen interpretativo, creando interpretación variada.
- b) El otro lineamiento procesal es el del inciso 3 del artículo 425 del CPP. Referidos a la sentencia de segunda instancia, determinando las facultades que tienen los jueces frente a la apelación de la sentencia de vista, de manera taxativa, el literal b) faculta a los jueces poder dictar sentencia condenatoria, la cual deviene de una absolutoria.

1.4. El Derecho de defensa en relación al absuelto condenado

El derecho de defensa en nuestro caso está íntimamente ligada a la condena del absuelto, puesto que de la investigación realizada se ha encontrado que esta se ve vulnerada, primero con la doble instancia, donde se ve insuficiente y limitativa, donde el imputado que es absuelto en la primera instancia, posteriormente es condenado en la sala, no tiene o no existe en el Perú una instancia superior que brinde o que tenga facultades completas para poder analizar el problema de fondo que devino del caso. Es en este sentido que el jurista Víctor Moreno define al derecho de defensa como:

El principio o derecho de defensa es inherente a la persona ya que este es fundamental y constitucionalmente reconocido en los derechos humanos, cuyo fin principal es velar y cuidar que el procedimiento judicial sea debido, acorde a las leyes existentes. Por ende está inmerso en el debido proceso lo que garantiza su validez y legitimidad (Moreno, 2010).

Es importante poder tener en cuenta primero la definición de este derecho puesto se entiende que es propio de toda persona, y segundo la amplia relación que tiene para nuestro tema de investigación, básicamente es nuestra variable dependiente e allí su importancia de estudio, es constitucionalmente protegido por lo tanto también es un lineamiento general.

En la legislación Nacional, el derecho de defensa está consagrado en el artículo 139, inciso 14 de nuestra Constitución "(...) a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso" (1993). Es en este sentido que se entiende que es desde que se inicia hasta el fin del proceso.

En conformidad con la Carta Magna, el Código Procesal Penal, en específico en el título preliminar, toma este derecho como principio, cuyo fin principal es guiar el

desarrollo del proceso en su Art. IX. Como un derecho inviolable a la comunicación, a tener asistencia especializada, a un plazo razonable para realizar sus descargos, etc.

Maier nos dice:

Que este derecho constituye un principio debido a su importancia, estructura y su contenido cuyo fondo este supeditado a todo el ordenamiento procesal, siendo este un derecho objetivo pero fundamentalmente subjetivo individual del procesado que tiene naturaleza pública (Maier, 1996, pág. 546).

El jurista nos menciona que este derecho, puede intervenir de manera concreta en cualquier etapa del proceso, cuyo efecto será plausible en favor del procesado, por lo tanto en concordancia con la mayoría de los autores se convierte también en una garantía procesal, en nuestro caso, consideramos que este derecho sufre vulneración puesto que esta intervención termina o se ve limitada con la sentencia condenatoria, sobre todo en dos aspectos ofrecer y contradecir elementos probatorios que son de vital importancia para el análisis que se realizara a posterior sentencia de ser el caso.

Defensa significa, rechazo a una agresión, es en se sentido que deviene desde lo más primario del hombre como instinto de supervivencia, y debiera ser reconocida como un mecanismo el cual posibilite la solución de conflictos, ante esto Alex Carocca nos dice:

En un proceso judicial y sobre todo penal, quien se defiende, reacciona a una acusación u ataque anterior, haciendo referencia al proceso podemos decir a la imputación que se le realiza a una persona que aparentemente ha cometido un ilícito penal. (Carocca, 2004).

Por lo tanto no se puede vulnerar este derecho por la falta de un mecanismo donde se tome en consideración la figura especial del absuelto condenado, ya que la

sentencia emitida todavía no tiene la calidad de cosa juzgada, y por ende el proceso no ha terminado.

Así en el contexto internacional el derecho de defensa está regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos específicamente en su artículo 11, manifestando la presunción de inocencia donde en un proceso se asegure las garantías pertinentes que aseguren una defensa adecuada.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (PIDCP) en su artículo 14, inciso 3, prescribe que: al inicio y en pleno proceso el imputado o persona acusada de un ilícito penal tiene derecho a la igualdad y nos brinda una serie de garantías las cuales deben ser veladas para que el proceso sea eficiente, dentro de los cuales referente al nuestro tema podemos mencionar., disponer de un tiempo adecuado y de los medios pertinentes para la elaboración de una defensa idónea, en el caso cuando se da la figura del absuelto condenado, el proceso en va a la suprema mediante casación, la cual denota y le suma al proceso un par de años más a los ya efectivos, peor aún, se declara la nulidad de sentencias y se ordena el comienzo de nuevo juicio, perjudicando al procesado.

De la misma forma encontramos este derecho en la Convención Americana, específicamente en el artículo 8 inciso 2, manifestando garantías mínimas e igualdad de los procesos en cualquier etapa en las que se estuviere llevando.

Es así que podemos advertir que en el contexto internacional el derecho de defensa está plenamente regulado y protegido, puesto que toda normativa nacional debe estar en concordancia con estos principios (Neyra, 2010, pág. 190).

También podemos afirmar que este derecho, a defenderse le brinda la posibilidad al procesado a ser escuchado, oído ante el juez lo que también constituye intermediación, aunque tales declaraciones posiblemente pueden ser reputadas y/o rechazadas posteriormente.

Al respecto Jorge Clair nos dice: lo importante de esta tarea que se realiza en el proceso penal está referido a la defensa del procesado.

Casi siempre se manifiesta de manera permanente al asedio penal realizado por la fiscalía, cuyo fin aparte de buscar una pena, también debería buscar el resarcimiento económico, patrimonial si fuera el caso. Sin embargo también como parte procesal no se debe olvidar al tercero civilmente responsable (Clair, 2004, pág. 276).

Además debemos entender que se entiende que regular también la intervención del tercero citado en garantía. Para que este se pueda defender en lo que concierne a las cuestiones civiles, estos corresponden y tienen las mismas facultades y garantías atribuidas al imputado, el derecho de defensa tiene un sentido amplio el cual es necesario tener como referencia todos los aspectos que encierran de ella.

1.4.1. El derecho de defensa y la Garantía del debido proceso

El debido proceso y el derecho de defensa, se establecen como garantías inherentes a todas las personas, por consiguiente se aplican en todos los procesos. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene gran importancia el debido proceso, que en un sentido amplio podemos afirmar que es un lineamiento por el cual se rige el proceso cuyo objeto busca garantizar la viabilidad del este, buscando velar, cuidar y proteger el proceso y a los partícipes de este, velando por su derechos.

Haciendo un breve análisis del debido proceso es que en la Constitución del 79, vemos que no existía como figura expresa, siendo más bien tratada indistintamente, como por ejemplo el artículo 233, denominado Garantías de la administración de justicia, de dicha constitución, donde nos muestra algunos indicios y elementos del debido proceso.

El jurista Espínola nos dice: Que esto permitió que una parte de los juristas doctrinarios en esa época consideraban al debido proceso, como una garantía tacita, e innominada perteneciente al aparato judicial (Espínola, 2001). Podemos decir entonces que el debido proceso como tal estaba en plena evolución, no completamente constituido, cabe recordar que en esa época teníamos un sistema inquisitivo el cual era vertical y no se protegían los derechos como hoy se hace.

Es en ese sentido la actual Constitución del Perú de 1993, tampoco ha subsanado este error, si bien lo ha colocado en el artículo 139, inciso 3, pero a manera de un principio jurisdiccional.

Nos manifiesta que ninguna persona se le puede privar o bloquear el acceso a la tutela jurisdiccional puesto que está establecida en la ley, existiendo un procedimiento determinado para cada caso, teniendo una serie de particularidades es en ese sentido que el debido proceso está amparado por nuestra carta magna, pero para su interpretación se necesita de la doctrina para su tratamiento (1993).

Se entiende que este artículo, en un sentido estricto agrupa principios generales y derechos de la norma sustantiva dándole un valor procesal y formal.

Por lo tanto podemos presumir que el derecho al debido proceso puede ser vulnerado cuando no se cumplan las reglas formales establecidas en la ley

y reglamentos, este razonamiento no sería el adecuado ya que el debido proceso es más amplio no solo se limita a la forma, sino también a proteger derechos de los procesados, de la constitución podemos inferir que el debido proceso no tiene prescripción, al igual que el derecho de defensa que si bien tiene pautas claras en el proceso porque este tiene distintas etapas, por lo tanto si hay una mala defensa, su derecho a accionar no caduca, este puede aún accionar. También podemos afirmar que la constitución aun no es completa puesto que el debido proceso no es parte de la función jurisdiccional sino más bien es un principio y garantía de todas las personas.

1.4.2. La Tutela jurisdiccional como concepto de defensa

Este lineamiento, principio y también reconocido como derecho está relacionado directamente con la acción que tiene toda persona que acude al estado, en este caso aparato judicial, para pedir administración de justicia, así podemos decir en relación al derecho de defensa que están vinculados por naturaleza, es así que este principio está reconocido en nuestra constitución.

Peña Cabrera nos dice:

La constitución reconoce a la tutela jurisdiccional como un principio que proviene del derecho subjetivo que tienen todos los ciudadanos, cuando estos acuden a los órganos jurisdiccionales para resolver un conflicto en sujeción a la normativa existente, la cual está garantizada por el Estado (Peña F. , 2009).

Podemos entender entonces que tutela tiene su origen en la misma persona la que a través de la acción, ejerce su derecho, por ende pensamos que se relaciona con el inicio del derecho de defensa en general, busca ampara

judicial, y es el estado que tiene la obligación de brindarle todo este aparato judicial que a partir de la norma sustantiva, que está plasmada en las leyes.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido este principio y nos manifiesta, que el derecho a la tutela efectiva jurisdiccional está reconocido en nuestra carta magna en su inciso 3 del artículo 139, teniendo una duplicidad conceptual (principio y derecho) que está inmerso, dentro de las funciones jurisdiccionales, así mismo el TC, nos dice que es un derecho constitucionalmente amparado que tiene su origen subjetivo, manifestando en términos generales, derecho inherentes de los procesados (personas) a acceder de manera directa o indirecta, (abogado) el cual vele por sus derechos ante el aparato judicial, ejerciendo así a medios técnicos de defensa, recursos, apelaciones, etc. Que nos permite usar la Ley, la cual busca obtener primero la resolución de un conflicto o incertidumbre, mediante una decisión fundada en derecho, para que finalmente exija la ejecución de la sentencia (Ica, 2004).

En esta sentencia que expide el tribunal, del año 2004, el tribunal ampara este principio como constitucional y a su vez la define, por lo cual debemos entender que es inherente para todos los ciudadanos, y nos dice que también es de origen subjetiva, pero entendemos que se manifiesta con la acción de toda persona de ir a los juzgados, fiscalías, etc. Para pedir a grandes rasgos justicia.

También este derecho está amparado como sustento jurídico en el derecho internacional, es así el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, en su artículo 2, 3 a), nos dice que todo ciudadano donde sus derechos y obligaciones y libertades reconocidos en el Pacto de Nueva York hayan sufrido una violación de algún derecho podrán interponer un medio de defensa, incluso cuando esta violación hubiera sido cometida por un operador de justicia cumpliendo sus funciones jurisdiccionales.

En ese mismo sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16, manifiesta que:

Todos los ciudadanos tienen la igualdad a ser oídas públicamente y hacer juzgado por un tribunal imparcial e independiente, determinando y respetando así sus derechos ejerciendo su derecho de defensa, también pedir el examen o revisión de una acusación en materia penal (2006, pág. 250).

Este artículo según el Dr. Sánchez determina el amparo fundamental y a su vez manifiesta que debe existir igualdad en el proceso.

Es importante mencionar y destacar el inicio de la tutela efectiva, puede originarse a través de un seguimiento o rastreo en proceso donde exista la auto tutela sustituta, como medio alternativo a la solución de los conflictos, manifestando para ello la no existencia de tutela por parte del estado (Marcelo, 1995, pág. 366).

Entendemos que es el estado quien actúa de manera imparcial, como un tercero, y tiene la obligación de brindar la función jurisdiccional, lo que en un principio fue la autodefensa, por parte del ciudadano, se convierte ahora en una obligación estatal, solucionar los conflictos para ello primero ejerciendo su propio derecho amparado en las normas pertinentes.

1.4.3. Los Principios de Economía y Celeridad Procesal en el absuelto condenado

Como estamos viendo, existen derechos y principios, que se ven afectados cuando se da la figura del absuelto condenado, es en este sentido para la realización de un mejor análisis, es importante definir estos conceptos y a su vez mostrar la relación y afectación si hubiese de estos principios.

Primero en un sentido amplio el principio de economía procesal es informativo es determinante en la estructura y configuración del proceso, cuyo objetivo es el óptimo desarrollo del proceso, donde busca el cumplimiento, eficiencia relacionadas con las pretensiones, buscando

obtener el menos gasto económico y tiempo, en otras palabras busca el máximo rendimiento, utilizando menos recursos (Jimenez., 1996).

Debemos entender que la definición del principio economía está ligada a la eficiencia, ahora un proceso donde se dé la figura del absuelto condenado, es un proceso excesivamente largo y costoso, en el análisis de la casuística relacionada al tema, un proceso como estos puede durar 7 años incluso más aparte es costoso, por lo tanto también podemos afirmar que también se afecta y se vulnera este principio.

Para el jurista Neyra, es un medio por el cual:

La economía dentro del proceso es un medio que, en aras del buen cumplimiento del proceso, busca la rápida tramitación y el juzgamiento de las cuestiones procesales, quitando los obstáculos, interferencias, etc. De cualquier índole que a su vez lo relacionan, con la eficiencia dentro del proceso (Neyra, 2010, pág. 103).

Este otro concepto tiene el mismo sentido rapidez y eficiencia, a diferencia del otro autor, acá ve a la celeridad utilizada como un medio, un arma un recurso, para que el proceso se lleve con toda normalidad. Como tal esta ampliación de la definición, constituye según el autor, una base del proceso de las cuales devendrían otros principios como, concentración, eventualidad, etc. Cuyo objetivo principal es la no afectación del derecho de defensa.

La economía procesal viene a ser un gran principio que sirve de base para informar a todos los principios que intervienen en el proceso, que ayudan al desarrollo de las normas rectoras. Podemos decir que una vez analizado este principio y a su vez relacionarlo con el absuelto condenado, se pretendería manifestar que si se vulnera derechos, como el de defensa estos se ven como cadenas que afectan a otros principios.

En esta misma línea el otro principio relacionado con este punto es la celeridad procesal la cual aparte de ser un principio general del derecho, también se ve afectado directamente cuando en el proceso se da la figura del absuelto condenado y más precisamente relacionado con el derecho de defensa.

Es así que para definir este principio, una importante revista Iberoamérica nos dice que es:

Es un principio concreto, la celeridad procesal sirve como base de los lineamientos generales de la justicia procesal, estando relacionada con el debido proceso, cuya existencia se basa en la realización justa y debida del proceso, donde no tenga que prolongarse innecesariamente, buscando así la paz social, donde la sociedad se ve afectada puesto que la resolución de un conflicto del tipo penal es de interés público, es importante su tratamiento. Esta situación de protección de principios es reconocida constitucionalmente, también es reconocida como una garantía, la cual es avalada por organismos internacionales. (Canelo, 2006).

La celeridad procesal al igual que la economía procesal, son base para girar lineamientos que conlleven a un proceso justo, ahora relacionando este principio con nuestro tema, se entiende que hay afectación y vulneración puesto que la existencia de un proceso largo y costoso afecta no solo a las partes del proceso, sino también a la sociedad, aumentando en demasía la ya mal vista carga procesal.

Sin celeridad procesal, sería imposible buscar la paz social, pero en ese sentido también sería bueno mencionar a los operadores de justicia y en específico a la defensa, (defensa técnica o abogada) que usan medios y técnicas los cuales dilatan los procesos, siendo a su vez algo no ético, pero es una mala praxis que existe en nuestro ordenamiento legal.

1.4.4. La afectación del Principio de oralidad después de la sentencia de vista

Una vez emitida la sentencia condenatoria que deviene de una absolutoria, existe un recurso extraordinario llamado casación, que más adelante pasaremos a detallar, ahora el principio de oralidad es un pilar del proceso penal acusatorio, por tal motivo podemos afirmar que en el llamado recurso extraordinario ya no existe oralidad, puesto que el análisis que se realiza esta básicamente enlazado a la búsqueda de errores de forma o vulneración de derechos, siendo de vital importancia la relación existente entre nuestro tema de tesis primero definir este principio, para después realizar la búsqueda de la afectación o no de este principio para lo cual Mixan nos dice que:

Se entiende a la oralidad como una regla del debate procesal penal, en otras palabras es indispensable para el desarrollo de este tipo de proceso, que implicaría sustentar la resolución del proceso netamente a través del ligamiento oral, podemos decir que la oralidad no es una actuación escénica a modo de una película sino más bien es una evolución del proceso que antes era solo trámite (documental) ahora se convierte en más activo, oral donde la comunicación sea directa. Se entiende a la oralidad dentro del proceso penal como una herramienta de vital importancia puesto que hablar en términos generales nos ayuda a la resolución de conflictos, otorgando una gran característica, la transparencia, humanizando y agilizando el proceso, siendo este completamente transparente. (2006, pág. 135).

Se entiende que este principio es usado como una herramienta para llevar un proceso, ahora podemos decir que es característico indispensable del derecho penal que le da transparencia e inmediación, su afectación está íntimamente ligada al derecho de defensa, entendemos que después de la sentencia de vista el análisis que se realiza es formal, realizando un análisis exhaustivo de todo lo actuado en forma escrita, limitando este principio. La llamada inmediación según el cual Pallares nos dice que: “los debates, las

pruebas y alegatos deben llevarse a cabo frente al juez, procurando este tener durante el proceso el mayor contacto posible con las partes” (Pallares). El Código procesal penal, reconoce el principio de oralidad en el artículo I, inciso 2 del título preliminar, que nos dice que todo ciudadano tiene derecho a un juicio previo, oral, etc. En todas las etapas del proceso, desde las diligencias preliminares, hasta el término del juicio oral, (quizás la etapa más importante del proceso) donde la oralidad toma vital importancia ya que su actuación definirá el desenlace del proceso.

En ese sentido el jurista Jaén Vallejo (2010) nos dice:

Que el principio de oralidad adquiere en el juicio oral vital importancia, donde se oralizan y actúan las pruebas, puesto que es ahí donde ha sido oralmente debatido, durante el juicio puede ser considerado como sustento legítimo de la resolución final; teniendo obligatoriamente este un carácter público, efectivizando así el derecho de defensa.

Para efectos de nuestra investigación entendemos al principio de oralidad como parte intrínseca del derecho de defensa y del debido proceso en general, por ello su afectación consolida nuestra hipótesis, entendiendo así que también existe una afectación, la cual tiene como consecuencia mellar la figura del absuelto condenado.

1.4.5. El Principio de inmediación en el absuelto condenado

Como hemos visto párrafos arriba es importante analizar el principio de inmediación ya que es de vital importancia para la presente investigación, demostrando que existe una relación y afectación primero con el procesado y segundo principalmente con el derecho de defensa. Baytelman nos dice que una definición de la inmediación es:

Que toda aquella recolección de indicios, pruebas, etc. (información) para ser fiable debe ser captada y recepcionada de manera directa, hacia los magistrados, por consiguiente, el objetivo de este principio es que ninguna persona medie u obstaculice entre el Juez y la percepción de las partes y directamente la valoración de la prueba, solo así se puede sustentar la resolución del procesado, con pruebas que el Juez ha conocido directamente y haya tenido eficacia en la decisión final (Baytelman, págs. 243-244).

Del principio de inmediación se entiende entonces que su efecto radica en el acercamiento de manera directa, de todo lo actuado ante el magistrado, es ahí que el derecho de defensa se ve disminuido, en que momento existe inmediación cuando primero se absuelve y después se condena, como se escucha a la parte condenada, simplemente se vulnera este principio, otros juristas manifestaran que tiene la casación para tales efectos, consideramos que este recurso es insuficiente.

Entendemos entonces que una prueba no puede actuarse sin la presencia del juez seria ilegítima, relacionando directamente este principio con la oralidad, concentración y continuidad, pues estos forman parte del proceso.

También es conocido con el nombre de inmediatez y estriba el conocimiento cabal que el juez debe tener de todo el procedimiento no solo con un ente pasivo sino como participante activo en el mismo, analizando incluso la conducta y actitudes que pueden tener las partes, percatándose incluso de las reacciones para atribuirles el valor adecuado y pronunciar con él un fallo más adecuado apegado lo que en la realidad ocurrió.

En ese sentido, el principio de la inmediación obliga al aparato jurisdiccional que tenga a cargo la resolución del conflicto, falle en relación a todos los medios presentados que prueban su veracidad o también aquellos

elementos de convicción que se ofrecen ante él, pues como señala Pérez Sarmiento el sistema acusatorio:

Enfrenta de manera indefectible al principio radical de mediar, ya que el legislador está directamente relacionado al proceso cuyos resultados se van desarrollando en su presencia, los jueces deben dirigir y tomar decisiones, lo debatido en cada audiencia tienen que ser presenciados en todas las sesiones factibles. (Perez, 2004, pág. 37)

Existe una necesaria obligatoriedad del cumplimiento de este principio ya que su afectación sería a su vez, a consideración personal una invalidez del proceso que tendría efectos de ser declarado nulo. Este principio a su vez comprende, dos tipos que son:

- a) **La Inmediación Formal.**- Aquí el Juez que va dictar una sentencia tiene que observar de manera directa y presencial la recepción de pruebas, sin delegar ésta función, podemos decir que es una función personalísima.
- b) **La Inmediación de forma Material.**- Aquí el magistrado tiene que extraer, los hechos de la misma fuente de manera directa, no pudiendo utilizar otros equivalentes probatorios.

Por estos tipos y características que tiene este principio que el juez o magistrados a cargo del tribunal observe todas las evidencias presentadas por las partes y resuelva en base a lo percibido, en cambio la documentación dificulta esta característica.

1.4.6. La Motivación de resoluciones como afectación al derecho de defensa

La motivación que en sí es el sustento por el cual los jueces, fundamentan sus resoluciones es ahí que un fallo condenatorio en segunda instancia no

sería algo negativo, pero cuando esta deviene de una sentencia absolutoria, es ahí que existe un diferente razonamiento en la decisión final de la sentencia cuyo problema básicamente está íntimamente ligada a dos artículos (419 y 425 del CPP) consideramos que estos artículos generan un problema, ya que no todos los magistrados tienen el mismo razonamiento.

La norma sustantiva ubica a la motivación en el artículo 139, inciso 5 de nuestra Carta Magna, constituyendo una de las garantías que conforman del derecho al proceso debido; es así que el Tribunal Constitucional (TC) ha manifestado que toda sentencia que es brindada por un órgano jurisdiccional, debiera estar completa y debidamente motivada, lo que significaría el establecimiento pleno, manifestados también en sus considerandos, la ratio decidendi por la que se obtiene esta conclusión, no dice Castillo citado por Roger Zavaleta:

La debida motivación está constituida por un conjunto de hechos, razonamientos, fundamentos que en conjunto se convierten en elementos que hacen tomar convicción a los que dirigen el tribunal, donde su importancia radica en que ayudan a fundamentar su decisión. La acción de motivar considera que fundamentar los argumentos y hechos tienen que estar basados en una decisión firme, estos a su vez no son simples explicaciones, tienen que tener justificaciones validas donde los argumentos tengan valides jurídica. (Castillo, 2006).

Por tal se entiende que la motivación tiene que ser justa, y basada en argumentos sólidos de derechos, la norma sustantiva brinda al juzgador la facultad de dar el fallo, pero consideramos que este fallo debe ser uniforme es decir que no exista un apartamiento legal para dictar sentencia como se da en la figura del absuelto condenado.

Entonces podemos decir que la motivación adquiere validez procesal y es constitucionalmente amparada y protegida, y cuando estos fallos o decisiones se manifiestan a restringir derechos de los ciudadanos, tales como la libertad, deben estar debidamente sustentadas, motivadas por consecuencia, las resoluciones deben cumplir con las exigencias de todos los requisitos expedidos por ley.

1.5. Los Recursos impugnatorios como medios al derecho de defensa

Los recursos o medios impugnatorios según Víctor Fairen citado por Arbulu son:

Distintos sucesos, conocidos como actos que se realizan dentro del proceso, presentados por la parte agraviada o perjudicada, presentadas a un juez o tribunal que dicte una resolución, por lo cual acude a un órgano superior, cuya pretensión es que anule o revoque el o los actos gravosos. En un sentido amplio deviene de la acción primitiva y de su desarrollo en su petitorio postulatorio, podemos manifestar que no se acaban con la resolución gravosa. Sino que es el comienzo. (Fairen, 2017, pág. 375)

Los medios impugnatorios o también llamados recursos son manifestaciones cuyos actos tienen como fin desarrollar el derecho de defensa para poder impugnar resoluciones o afectaciones de un derecho por ende son por especialidad los medios idóneos para efectivizar la defensa de un procesado. El artículo 413º del Código Procesal Penal, manifiesta que los medios impugnatorios, son cuatro entre los cuales a manera general creemos que son importantes conocerlos y son:

1.5.1. La Reposición.

También conocido como recurso de revocatoria, a diferencia de otros recursos la reposición no tiene el efecto de devolución, ya que quien lo resuelva no será un órgano superior, sino el mismo órgano que dicto la

impugnación, está fundamentado en la realización de un trámite simple, tiene gran importancia puesto ayudan a la resolución de conflictos.

Como antecedente la reposición en el antiguo código de procedimientos penales, no lo menciona ni lo establece, su aplicación era supletoria al código procesal civil (art. 362 y 363). Establecido como medio impugnatorio.

En nuestro código procesal penal vigente, define a la reposición como un recurso ordinario, que no tiene efecto devolutivo, que se presenta contra resoluciones, pidiendo la revocación o modificación, básicamente como un acto administrativo puesto que es visto como un trámite.

1.5.2. El Recurso de Apelación

La apelación viene ser por excelencia, el medio impugnatorio más reconocido, puesto que plantea un derecho de defensa legítimo vinculado con la duplicidad de instancias. "(...) se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado derecho al recurso (...)" (Oliva, 1997).

Como dice el jurista Oliva, a la apelación se le encomienda hacer efectivo el derecho a su uso como medio de defensa de todas las partes dentro del proceso. Ya que ante una existencia de un error o vulneración de un derecho por parte del Ad Quo, nace el derecho a apelar cuyo objetivo será subsanar, remediando así aquellos defectos, es así que esta apelación será vista por el juez del Ad Quen, donde se realizara una análisis más profundo.

García Ramírez, nos dice que la apelación debe estar orientada a: cuidar y velar derechos de los procesados y entre ellos un derecho fundamental a no ser condenado, sin la existencia de un delito u hecho real, velando por la responsabilidad penal de todas las partes integrantes del proceso.

La corte interamericana hace un análisis de este medio impugnatorio al cual se refiere de manera general, puesto que considera que debe tener amplias facultades, para revisar el fondo, y examinar hechos así nos dice:

Este recurso debe permitir al superior analizar el fondo del problema, las controversias existentes, realizando un exhaustivo análisis de los hechos así también escuchar las defensas, valorándolas correctamente, para una mejor aplicación de la ley. (Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2010)

Con respecto a lo que dice la corte, consideramos que si bien la apelación es medio de impugnación, este tiene un fin, hacer que las resoluciones sean revisadas por un superior, pero la apelación tiene sus propia audiencia, ahora el superior tiene facultades propias a la sala, limitativas y facultativas, está vinculada directamente con la pluralidad de instancias.

1.5.3. El Recurso de Queja

La queja es un recurso que tiene una característica esta netamente relacionado a su admisión o no de un trámite devolutivo, tiene carácter residual, puesto que recoge una apreciación de la parte manifestando un carácter subjetivo, de una de las partes que no está conforme a un acto realizado.

Es correlativo, primero existe un medio impugnatorio, el cual tuvo un efecto de denegación, recién ahí se ejecuta la acción, planteamiento de la queja. Solicitando al superior o juez una respuesta al medio impugnatorio que ha sido denegado en primera ocasión.

1.5.4. El Recurso extraordinario de Casación

El origen de la casación, la encontramos en el año de 1789, con los filósofos de “la revolución francesa” siendo ahí donde se enfatiza la excepcionalidad del recurso. Por ello Taruffo nos dice:

El tribunal de Cassation, no era parte del poder judicial francés teniendo como función garantizar la aplicación de la ley para evitar que los procesos tomen caminos jurisprudenciales no correctos, ya que estos gozaban de un fuerte poder político los cuales fortalecían los tribunales regionales de Francia en esa época. (Taruffo, 2005, pág. 154)

Este tribunal apareció para resolver problemas sencillos en un principio pero debido a la posición de la Corte con el tiempo todos los casos tenían que pasar por esta institución, así se llegó incluso a un saturamiento de los procesos por el acceso de carga. Es ahí que nace por primera vez como idea la Casación que conoce sobre hechos concretos. El jurista Neyra define a la casación como un:

Medio impugnatorio que tiene un carácter devolutivo, cuya competencia es exclusiva a la emisión de la corte suprema, es extraordinario porque tiene limitaciones que están relacionadas con la pretensión impugnatoria. (Neyra, 2010, pág. 402)

En nuestra investigación hemos encontrado que la casación en general solo ve cuestiones de forma, más no de fondo, teniendo así una serie de limitaciones y deficiencias, haciendo que el proceso se demore aún más, ya que por lo general declara la nulidad, haciendo que el proceso comience de nuevo, en el caso específico donde hay la figura del absuelto condenado, la casación limita derechos del absuelto condenado, puesto que en esta etapa las partes no pueden defenderse, ya que la función principal es solo análisis documental de lo actuado en el proceso.

La casación, deviene del planteamiento existente de la base de otros medios de impugnación ordinaria que han sido agotados, por lo contrario el PIDCP de Nueva York, en su artículo 14°.5 nos dice que la casación no satisface la función encargada como tal, puesto que se afecta su contenido y función. (Maier, 1996).

El pronunciamiento que hace el Pacto, nos parece acertado, y correcto en la presente investigación que deviene de un análisis de casuística tanto nacional como internacional, se recomienda crear o establecer órganos o instancias que suplan a la casación puesto que hay una afectación al derecho de defensa, dando postura fuerte a nuestra hipótesis. Para lo cual planteamos una serie de medidas que en capítulos más adelante desarrollaremos.

CAPÍTULO 2

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Teorías relacionadas a la pluralidad de instancias

a) La Teoría Positiva

Esta teoría es reconocida por la doctrina, primero reconoce la existencia de una vulneración de derechos cuando se condena al absuelto, y segundo manifiesta que afecta la garantía constitucional de doble instancia, por ende afecta a otras instituciones jurídicas del derecho. Afectando de manera directa al derecho de defensa cuyos argumentos están basados en:

- Existen deficiencias en la aplicación de técnicas legislativas
- Existe desconocimiento, puesto que solo la aplicación de la normas sustantiva no es suficiente para resolver esta problemática
- Aún existe, confusión en la aplicación del nuevo código procesal penal, relacionado a sus figuras procesales, respecto a su debida aplicación.

Ante esta teoría El Juez supremo Luis Salas Arenas, nos dice que la doble instancia es:

Una garantía del debido proceso ya que su fin busca manifestar que lo resuelto por el juez "A Quo" tiene que ser fiscalizado por un órgano de jerarquía superior, en ese sentido lo que se resuelve tiene que ser objeto de un doble pronunciamiento. No existiendo subordinación o dependencia de las instancias, ya que todos los jueces son independientes a la función jurisdiccional que realizan (Condena al Absuelto - Reformatio in Peius Cualitativa, 2011, pág. 23).

De lo anterior podemos entender que para el autor antes mencionado la pluralidad de instancias es una garantía respaldada constitucionalmente, subsumido en el debido proceso, cuyo fin se manifiesta en el doble pronunciamiento que busca garantizar el proceso, precisando que los jueces no tienen subordinación con respecto a las instancias del proceso, ya que estas son independientes y por ende es su debida motivación los lleva a dictar las resoluciones correspondientes en su función jurisdiccional. Por lo tanto este parecer del juez supremo respalda la teoría positiva que a manera general existe vulneración de varias figuras procesales y del derecho de defensa propiamente dicho.

La teoría positiva entiende que la pluralidad de instancias permite a una resolución emitida en una primera instancia, sea revisada en una instancia superior, (2da instancia), hasta incluso extraordinariamente en una tercera pseudo etapa (recurso extraordinario de casación). Aclarando que existe la posibilidad que se dé un error, deficiencia o vulneración de un derecho, estando contenida en la resolución expedida por una instancia de menor jerarquía, pudiendo ser subsanada de forma o en casos especiales ser declarada nula. En ese sentido por esta teoría entendemos que se realiza un examen no solo basado en la norma sustantiva sino también en aspectos de forma, de litigación basados en estudios de casuística existente.

b) La Teoría Negativa

Por esta teoría se entiende, que no se produce ningún tipo de afectación puesto que lo resuelto está basado en la aplicación de la norma. Peña Cabrera nos dice: no se viola garantía alguna “siempre y cuando el recurso de apelación haya sido interpuesto por el fiscal (...)” (2007, págs. 851-852). Es claro que la fiscalía defiende intereses de todos los ciudadanos (su deber ser), pero ello a nuestra manera de ver, que por esta justificación se vulnere derechos de la otra parte, cuando el fin del proceso es buscar la paz social.

Otro jurista que abala dicha teoría es Doid Diaz, (pág. 544) afirma que:

Los legisladores peruanos a través de la Carta Magna de 1993, se instituyó una dualidad entre el principio a la doble instancia y al uso de los medios impugnatorios, puesto que existiendo un reconocimiento a la tutela jurisdiccional que se vuelve efectiva en base a la aplicación de sus derechos, es allí que los diferentes organismos nacionales, suelen subsumir el derecho con los medios impugnatorios, contemplando así esta doble instancia de manera tácita.

Esta teoría defiende, que si se contempla la doble instancia, y esta a su vez de manera intrínseca puede manifestarse a través de los medios impugnatorios.

Consideramos que constitucionalmente, no se viola este principio, puesto que si está contemplado en nuestra carta magna, convirtiéndose así en un principio general, el problema radica en la norma específica, y su distinta variedad de interpretación provocando un apartamiento o no, generando una serie de problemas a nuestro mismo ordenamiento jurídico nacional.

2.2. Posiciones adoptadas por la jurisdicción internacional respecto a la condena del absuelto

2.2.1. En Colombia

El Estado Colombiano en el artículo 177 del Código de Procedimientos Penales del 2004, aprobado por Ley N° 906, cuyo título tiene: Efectos, nos dice que la apelación es concedida cuando este tenga efecto suspensivo, donde la competencia se suspenderá, hasta que se resuelva la apelación en los siguientes casos:

- 1) Existencia de una sentencia condenatoria o absolutoria.
- 2) El auto en cuyo decreto acepte o rechace la solicitud de terminación.
- 3) El auto cuyo efecto tenga la nulidad.
- 4) El auto denegatorio la actuación de la prueba en el juicio oral.
- 5) El auto que ordena exclusiones de las pruebas en el juicio oral.

En virtud a este artículo el Estado de Colombia tiene una demanda de inconstitucionalidad, en aplicación de la Ley N° 906 del año 2004.

Para una mejor aplicación del artículo antes señalado nos dice que el efecto devolutivo no debiera suspenderse cuando el cumplimiento de la apelación está basado en las siguientes actuaciones:

- a) La resolución del auto que resuelve una imposición de una medida que busque asegurar el proceso.
- b) La resolución del auto cuyo resultado está basado en la interposición de una medida cautelar, afectado bienes de los sujetos procesales. En ese sentido la Corte Colombiana ha resuelto: primero si la apelación de una sentencia que absuelve en materia penal, transgrede el Non Bis Ídem.

- 1) Que el derecho y sobre todo en materia penal, existe y tiene gran importancia respetar el debido proceso, protegiendo a todas las partes integrantes del mismo, de manera individual o colectiva, cuando se afectan derechos como el de presunción de inocencia, la libertad individual y sobre todo el de defensa, la Constitución Colombiana en su artículo 29, integran como parte al debido proceso principios como: presunción de inocencia, legalidad, juez legal o natural y favorabilidad; los derechos inherentes a defenderse a impugnar sentencias cuyo contenido les afecten más un las condenatorias cuyo efecto tengan dilaciones injustificadas, entendiéndose que en virtud a los hechos ocurridos no se podría juzgar dos veces por el mismo hecho.
- 2) Una vez desarrollados todos los postulados que están inmersos en esta problemática, es el estado el obligado a demostrar la culpabilidad del procesado. Teniendo este último derecho a que esta situación jurídica se resuelva.

En base a esta demanda el Estado de Colombia enfrenta una restricción que le posibilita la exclusión en su normativa interna, estableciera medio impugnatorio de apelación en contra de las resoluciones penales que absuelven, dispuesto en PIDCP de Nueva York artículo 14, numeral 5 y Pacto de San José en su artículo 8, numeral 2, literal h, tenemos los siguientes postulados:

- a) La corte manifiesta que en asuntos sometidos a su conocimiento como lo es la revisión de la constitucionalidad, no solo se deben realizar frente a lo que está escrito en tal estipulación constitucional, sino también a ella sumarle una comparación con otras disposiciones, que de acuerdo a su carta magna, tienen misma garantía formando un

bloque (stricto sensu) o también podría realizarse de otra normativa, incluso si estas no tuviesen rango constitucional, pero que plantean parámetros generales los cuales sirven para a hacer un análisis exhaustivo de la validación constitucional las cuales han sido sometidas a un control (lato sensu).

- b) La jurisprudencia Constitucional del estado Colombiano está conformado en un sentido lato sensu en: i) primero el preámbulo, ii) lo que esta articulado como artículo en esencia, iii) convenios internacionales y algunos tratados los cuales están basados en el respeto a los derechos humanos, iv) sus leyes orgánicas y v) leyes estatutarias en algunas casos que sean de obligación aplicación.
- c) La corte, respecto a los tratados internacionales manifiesta que, excepto referencia de manera expresa que contienen normas superiores, constituyen lineamientos generales que tienen como función el control constitucional los convenios y tratados que han sido aprobados y ratificados por el estado Colombiano, los cuales reconocen los derechos fundamentales humanos y en un sentido estricto están prohibidos excepcionalmente.
- d) Es en este escenario, que la corte, primero que el derecho a la garantía del nobis in idem y segundo el derecho a presentar un medio impugnatorio, se encuentran expresamente previstos entre los derechos no irascibles de ser paralizados durante la existencia de estados de excepción es así que tampoco se han sido excluidos intangiblemente tales garantías en la ley 137 de 1994 de Colombia, manifestado por la Convención Americana ni tampoco en el PIDCP de Nueva York.

- e) No obstante lo manifestado párrafos arriba, la corte observa que el derecho a presentar medios impugnatorios contra resoluciones que condenan, el principio del nobis in ídem, se encuentran previstos de manera literal en la constitución colombiana, llegan a ser lineamientos generales, que sirven como parámetros que rigen el control de constitucionalidad, también cabe mencionar que en el artículo 93 de la constitución la interpretación debe hacerse también en base a los tratados internacionales que velen por los derechos humanos que están en vigencia y plenamente ratificados, en el caso en específico son los convenios referidos al PIDCP de Nueva York y el Pacto de San José.
- f) En consecuencia, se entiende que a raíz de este caso existe una prohibición para los estados miembros a estos convenios (CADH y PIDCP de Nueva York) para determinar la posibilidad de impugnar las sentencias absolutorias que devienen de un proceso penal, puesto que no resultan contrarias a la garantía, principio del nobis in ídem, cuya interpretación está plasmada en los tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano. Se resuelve declarar la exequibilidad de las expresiones acusatorias.
- g) Por lo tanto, la Corte Constitucional, resuelve declarar de manera expresa la exequibilidad la palabra “absolutoria” que está contenida en el artículo 176, y el numeral 1 del artículo 177 de la Ley N° 906, emitida en el año 2004.

2.2.2. En Alemania:

Respecto a nuestro tema encontramos en la legislación alemana, el establecimiento del recurso impugnatorio llamado apelación, que está dirigido en contra de resoluciones y tiene por objeto controlar cuestiones jurídicas de derecho como también los hechos facticos.

Es importante manifestar que en el estado Alemán solo se pueden apelar las sentencias emitidas por los juzgados municipales, los cuales tienen la competencia en los casos que prevé la ley, circunscrita a juzgar delitos de menor gravedad.

Para los delitos considerados graves tienen un procedimiento de una particular característica, tiene instancia única, teniendo solo a dos recursos a su disposición como son la revisión y la casación.

Para tales casos su finalidad tiene el cumplimiento de la doble instancia, el tribunal Supremo Alemán, mantiene un exhaustivo control de la casación, que en un principio solo controlaba cuestiones de derecho y a la verificación de los hechos manifestados en la primera instancia (Jimenez & Vargas, 2018).

2.2.3. En Italia:

Haciendo una búsqueda encontramos en el país peninsular, específicamente en su código Procesal penal, la figura del recurso de apelación, el cual dispone básicamente ya una segunda instancia, propia a un grado superior de análisis, teniendo facultades tanto de hecho como de derecho, es en donde el apelante puede reputar nuevamente todo lo anteriormente debatido, ya que el magistrado está facultado a hacer una revisión de todo lo actuado en la primera instancia.

También se establece pautas respecto a que quien apela, en el caso de que el apelante sea el Ministerio Público y esta apelación sea de una sentencia absolutoria, el tribunal tiene la facultad de condenar o dictar la nulidad según corresponda al caso proveniente, si el caso fuese una sentencia condenatoria no existe recurso ordinario, pero tiene la posibilidad de un reexamen pero ya en la casación, manifestando una debida motivación a través de un control de lógica de derecho (Jimenez & Vargas, 2018).

2.3. Pronunciamiento del absuelto condenado en la Jurisprudencia y Doctrina del Perú

2.3.1. Análisis del pronunciamiento de la Primera instancia

Como antecedente encontramos que en Código de Procedimientos Penales de 1939 no contemplaba la figura del absuelto condenado, como menciona el jurista Vargas "(...) el código de procedimientos penales de 1940 no permitía la condena del absuelto en segunda instancia (...)" (2012, pág. 266), es así que encontramos en el artículo 301º una prohibición, con lo que las facultades del Ad-Quem se limitaban, para efectuar la condena y solo podía darse la figura de la nulidad como única opción y a su vez eliminaba la posibilidad de una interpretación contraria.

Ya con la aplicación del NCPP del 2004 y la aplicación de este en todo el Perú, es que se ubica a los medios impugnatorios en el libro cuarto en los artículos 404 al 445, sistematizando así de una mejor manera para su tratamiento. El jurista Vargas Ysla, nos dice:

Que a partir de la entrega y aplicación del nuevo dispositivo procesal del 2004, la sala de apelaciones se le concede por primera vez la facultad de

poder emitir sentencias condenatorias, provenientes de una resolución absolutoria dictada en primera instancia (2012, págs. 265-266).

La primera instancia dicta una sentencia que en la mayoría de casos es apelable dado que siempre una de las partes quedara disconforme, ahora en nuestro caso, si esta primera sentencia es absolutoria, esta podría ser apelada por la otra parte, dándose una serie de posibilidades como la confirmación de primera, la nulidad de esta misma o en un caso especial la condena en segunda instancia, es ahí que surge el problema deja al condenado en un estado de indefensión ya que no existe instancia ordinaria a seguir.

A esta postura se le suma el jurista la de San Martín Castro manifiesta que: “resulta imprescindible otorgar al juez revisor los poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto (...)” (Castro S. , 2016, pág. 985). El jurista está de acuerdo, con la posibilidad de absolver en primera instancia, siempre y cuando el magistrado de segunda instancia tenga amplias facultades para que en segunda no se sentencie indebidamente.

En la casación N° 722-2014 de Tumbes, nos dice que en caso que exista condena al absuelto en primera instancia tiene efectos de nulidad de todo el proceso. Haciendo un breve análisis de este caso encontramos que el procesado Luis Aristas es procesado por el delito de tráfico ilícito de drogas, teniendo en primera instancia sentencia absolutoria siendo revocada en segunda, llegando el caso a casación, cuya causal más importante es, inobservancia de normas legales que tienen un carácter procesal cuyo efecto principal es la nulidad (Villar, 2017).

Siendo este un claro caso donde por ejemplo, al haber absuelto en primera instancia y condenado en segunda, cuando este proceso llega a casación, lo que se resuelve en la mayoría de veces, es la nulidad de ambas sentencias y así comenzar un nuevo proceso.

2.3.2. Pronunciamiento de la Corte Suprema

Dentro de la Corte Suprema, existe una gran cantidad de salas, una de las primeras en dar pronunciamientos favorables encontramos a las Sala Constitucional y social que mediante la jurisprudencia nos manifiesta una serie de posturas las cuales son importantes analizar.

La Sala Superior Penal de Arequipa en el caso en concreto del expediente N° 2008-12172-15 eleva a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica la Consulta N° 2491-2010-Arequipa, se da el caso de la existencia de la figura del absuelto condenado, manifestado que si está de acuerdo, con este tipo de sentencias, pagando incluso las sanciones de reparación que hubiese. Cuya fundamentación se encuentra en el texto 425.3.b del Código Procesal Penal, es también importante mencionar la alegación de una colisión con el derecho constitucional de dualidad de instancias, los argumentos de vinientes del colegiado, enviando en consulta este párrafo en específico del código procesal son: **(i)** Que si se condena al procesado que en primera instancia ha sido absuelto, esto ocasionaría una reformatio in peius, la cual no podría ser revisada, **(ii)** La casación es un recursos extraordinario, es limitativo por lo tanto no satisface el derecho que tiene toda persona a que su caso tenga una revisión adecuada y completa, afectando directamente al principio de pluralidad de instancia, afectando también al debido proceso. Y **(iii)** Que tomando en consideración a

Organismos Internacionales (CIDH) específicamente en el caso Costa Rica vs Ulloa, que la casación sea un recurso suficiente, completo y con amplias facultades, puesto que este debería garantizar plenamente el derecho al uso de recursos que solucionen este problema.

La Sala Suprema, puede desaprobado las resoluciones consultadas y ordenara nuevos postulamientos solo bajo las siguientes razones:

a) Existencia de la Reformatio in Peius

En este sentido la sala constitucional ha manifestado, que se identifica y reconoce a la no interposición de esta reforma también llamada peyorativa como una garantía procesal (dentro del debido proceso) que limitaría a las instancias revisoras en su competencia, donde el recurso que ha sido interpuesto no devenga en un perjuicio propio, no obstante, esta llamada garantía no se aplicaría cuando fuese el caso que es el mismo ministerio público el que apele, solo en este caso no cabría lugar la existencia de una reforma en peor.

También el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha dejado su posición con respecto a la reforma en peor y nos dice, que la interdicción de esta reforma peyorativa, es también la aplicación de una garantía que pertenece al debido proceso, solo que está implícita en nuestra Carta Magna, pero se puede dar el caso de que el sentenciado solicite la aplicación de la nulidad de la sentencia donde ha sido condenado es ahí que el poder del estado se expresaría en las actuaciones superiores.

Distinto sería el caso, en que el propio Estado muestre su disconformidad con la pena asignada, impugnándolo, en este caso el magistrado de esta instancia superior (segunda) quedara facultado inclusive para aumentar de forma sustentada la pena.

b) Análisis que realiza la Corte Suprema respecto al Código Procesal Penal

La Corte Suprema, a través de sus diferentes salas, hace notar primero que el actual Código procesal Penal, brinda la posibilidad de condenar al absuelto instituidos en dos artículos, el 419 y el 425, ocasionando una serie a sentencias diversas ya que algunos jueces se apartan de los escrito en el código porque consideran que hay una vulneración de derechos, a diferencia del antiguo Código de procedimientos penales, que no contenía esta figura, segundo manifiesta que esta posibilidad es facultad única del mismo legislador a través de su debida motivación.

c) Análisis que hace la corte respecto a la doble instancia

La Corte Suprema manifiesta dos tipos de análisis una restrictiva y otra favorable a toda persona, de la primera manifiesta como lo ha manifestado la Sala Suprema, que la condena del absuelto no tiene mayor gravedad o cuestionamiento, ya que es validad porque en el proceso en general ha existido dos instancias las cuales ha habido debate y un debido proceso, no obstante el segundo análisis que realiza está basado en el principio pro homine, que vela los derechos fundamentales de las personas en este caso la de los procesados, puesto si existiese condenar al absuelto esta quedaría

plenamente discutida, puesto que quedaría en tela de juicio siendo tema para un análisis posterior puesto que es compleja.

d) Análisis que hace la Corte Suprema respecto al pronunciamiento que realiza la CIDH

La sala constitucional, ha manifestado una posición clara respecto a lo que la CIDH ha expresado respecto al tema, siendo claro nos dice que todas las partes tienen la posibilidad de presentar medios impugnatorios para defenderse en especial, la parte que ha sido acusada, para ello tienen la posibilidad ante un órgano de jerarquía superior poder ejercer su derecho, no obstante, la Convención nos dice de manera literal, que toda persona que ha sido acusada de un hecho que configuraría un delito, tiene el derecho a presumir su inocencia, mientras tanto puede ejercer su derecho de defensa, hasta que se compruebe legalmente si fuese el caso su culpabilidad.

Para ello la Convención, dentro de sus postulados nos dice que toda persona tiene la posibilidad de apelar las resoluciones bajo una serie de garantías las cuales deberían regir el proceso. Entre ellas la más importante podemos precisar que el derecho de reclamar el fallo ante un tribunal superior; en este punto la sala hace una interpretación literal donde lo importante para ella es acudir a un órgano superior, mas no el fondo que esta presupuesto en la esencia pretensión, que básicamente sería el fondo del problema.

e) Análisis que hace la corte suprema respecto a la prueba

El tema de la condena del absuelto, ha sido tratado a través de distintas casaciones emitidas por la Corte suprema, obteniendo anteriormente posturas contradictorias, aunque a la fecha actual se está tratando de mantener una línea garantista y relacionada con los convenios internacionales, respetando así los derechos humanos, así tenemos que en el año 2012 se emitió la Casación N°195-2012-Moquegua, la cual en su momento se le dio un carácter de doctrina jurisprudencial, entre los cuales destacan los fundamentos jurídicos basados en los puntos 13 al 18.

Es en ese sentido la Corte Suprema, manifiesta que para tratar este tema se debe utilizar la norma jurídica donde presentar medios impugnatorios como por ejemplo la apelación tienen que estar regidos por los principios del título preliminar del código procesal penal, entre los cuales toma vital importancia el de inmediación, manifestando que no se puede variar lo realizado y valorado por el juez que dictó sentencia absolutoria, para después dejar sin efecto todo lo actuado y dictar sentencia condenatoria en instancia superior, pero manifestando siempre algún tipo de excepción en el caso donde haya el absuelto condenado bajo 3 supuestos:

- 1) Si en segunda instancia, se cambia el valor probatorio de: prueba documental, pericial y la prueba constituida, puesto que se creía que para presentar estas pruebas no se requiere la inmediación.
- 2) Si en la segunda instancia se cambiaba el valor que se realiza de la prueba personal con respecto a la actuación de sexta prueba desvirtuándola completamente.

- 3) Existiese errores de derecho, los cuales sean defendidos por un abogado.

La Corte Suprema señaló que en la prueba pericial, documental y similares no había inmediación, lo que consideramos no es correcto. La inmediación se materializa con la oralización o lectura del contenido de la prueba documental que se realiza frente al juez. Lo ideal es que se refuerce esta oralización, desde la persona que emitió el documento; pero no siempre es así. Lo cierto es que a partir de la lectura, se practica la inmediación pues el juez recibe en audiencia, esa información, que valorará en la fase correspondiente.

El ideal de supuesto para justificar la condena del absuelto, en esta Casación 195-2012-Moquegua, es la modificación de la prueba personal valorada en primera instancia, por pruebas en contrario actuadas en segunda instancia, porque se asumía que en este escenario sí se aplica la inmediación. Si esto es así, para que opere plenamente, en un ejercicio de equidad deberían también actuarse en segunda instancia, las pruebas personales que el juez se sirvió para absolver.

Sobre el tercer supuesto, la Corte Suprema, deja entrever, que basta la presencia del abogado del imputado para debatir sobre errores jurídicos de la sentencia condenatoria y que si existiesen errores de derecho, si es posible la condena del absuelto.

La Corte Suprema dictó la Casación N° 194-2014-Ancash de fecha 27 de mayo del 2015, pues al constatar que no existe una instancia revisora de

la condena del absuelto y que se incumple con lo estipulado en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el ordenamiento procesal se encuentra ante la ausencia de lo que denominan, presupuesto procesal de existencia, o vicio in procedendo, para lo cual lo más lógico ha, declarar la nulidad de todo el proceso, mandando realizar un nuevo juicio oral.

La Corte Suprema le ha dado un carácter de vinculante, lo que en la praxis es aplicar que las salas superiores no apliquen la condena a quien ha sido absuelto en primera instancia; o dicho de otra forma, a efectuar un control de convencionalidad de la norma prevista en el Art. 425.5 del Código Procesal Penal por incompatibilidad con el PIDCP (2015).

En este sentido, este postulado toma vital importancia para nuestro tema, ya que tiene un carácter vinculante que en cierta manera prohíbe la condena del absuelto, exhortando a que ante esta problemática a que realice un control de convencionalidad.

2.3.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú

El Tribunal Constitucional del Perú, en reiteradas veces ha emitido pronunciamiento, que en términos generales nos dice que cuando se ha tratado esta figura del absuelto condenado, viene existiendo vulneración de derechos en especial, el derecho de defensa el cual ha sido afectado en reiteradas oportunidades para los cuales ha emitido una serie de resoluciones de las que se puede mencionar la siguiente:

En el expediente N° 4235-2010, el tribunal aclara una serie de fundamentos referidos a la pluralidad de instancias, manifestado que no está en discusión

que un fallo condenatorio pueda impugnarse, aunando a ello las medidas de coerción como la pena privativa de libertad, siendo esta parte del derecho.

En otros palabras tanto el tribunal confirma que la sala recurrente donde exista sanción penal está también pueda ser revisada por otro tribunal superior.

CAPÍTULO 3

POSTURA DE LA INVESTIGACIÓN DE LA NON REFORMATIO IN PEIUS

La Reformatio in Peius es un principio jurídico que constituye la reforma en peor, la cual tomamos como postura para hacerle frente a la problemática establecida en nuestra investigación y que detallamos capítulos adelante, a ello agregamos los pronunciamientos continuos de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos que al respecto nos manifiesta: que todo ciudadano que ha sido condenado en segunda instancia, tras haber sido absuelto en instancia anterior, debe contar a una revisión los cuales tienen diversos factores tales como hechos, pruebas y la misma interpretación del fondo.

3.1. La Reformatio in Peius

La Reformation in peus es también llamada reforma peyorativa, nos dice que no puede agravarse la situación jurídica de un ciudadano, cuando a esta le antecede una impugnación, la cual buscaría mejorar la situación, empero, que con la impugnación no podría agravarse la situación del procesado, así el jurista Eduardo Coutere al respecto nos dice que:

La Non Reformation in Peius, manifiesta una prohibición que se le hace al magistrado de la sala superior, de no empeorar la situación jurídica del procesado que apelo, en cuyas situaciones no habido objeción de la otra parte del proceso. Se puede manifestar que este principio tiene un sentido negativo, porque consiste en una prohibición (2010, págs. 367-368).

En este sentido podemos afirmar que el principio de reforma peyorativa busca el no empeorar la situación del sentenciado, imponiendo límites subjetivos al juzgador, lo cuales tendrían que aplicar un criterio justo en la aplicación de sus sentencias.

El jurista Monroy Gálvez (1994, pág. 328), nos dice: que esta palabra tiene raíces latinas que significa prohibición de la reforma en peor.

Esta figura proviene como una institución de suma importancia a los medios impugnatorios en especial a la apelación, y en la práctica se manifestaría, si en un proceso, una de las partes recurrentes (imputado) manifiesta su derecho de defensa mediante apelación a una resolución, en este caso el tribunal superior solo podría modificar dicho documento a su favor o en desmedro dejarla como esta, pero nunca en su contra lo que significaría que empeore la situación de quien solicito dicha apelación.

Por esta interpretación que hace el jurista podemos entender que la reforma tiene aspectos positivos, que buscan salvaguardar la situación procesal del apelante en cuyo caso, estamos de acuerdo, en nuestro caso en específico materia de la investigación se manifiesta que cuando se apela la primera sentencia, la segunda debería ser confirmada en el peor de los casos, mas no reformándola en desmedro de la situación jurídica del procesado.

Otro jurista que nos da una concepción de la reforma es el profesor español Pico Junoy (pág. 85) sosteniendo que esta se da: Cuando la situación procesal de la parte apelante empeora como resultado de la interposición de un medio impugnatorio, por consiguiente se entiende que la contraparte no tuvo mediación directa. Podemos

entender que las resoluciones de primera instancia, que no son impugnadas por ningún litigante quedan completamente fuera de toda posibilidad de impugnación el cual debería ser realizado por el tribunal superior.

3.2. Justificación de la Non Reformation in Peius

Para el Doctor Silva Muños (2010), la justificación responde más a la lógica pues señala:

Que si una de las partes, que está inmerso en un proceso presenta un recurso o una impugnación a una decisión judicial tiene el objetivo que el tribunal superior ampare su petitorio, pero por ningún motivo para que su situación jurídica se empeore, ahora en otro sentido si se aceptara la reforma, esto significaría un perjuicio a la parte que no impugno. Puesto sino manifestó cuestionamiento de dicha decisión, sería porque estaba de acuerdo con el Quo que emitió la resolución que le favorecía.

Es lógico pensar que nadie hace o manifiesta una objeción a una situación de incomodidad, dado el caso en un proceso judicial presentar una apelación a una resolución es porque quiere cambiar su situación jurídica mas no empeorarla, pero también no podríamos olvidar que existe otra parte, la cual se vería afectada.

Este principio tiene una facultad revisora así el jurista Cárdenas (2004) nos dice:

La reformatio in Peius pone limitaciones a las facultades que tiene Ad quem, en relación a la sentencia que dictó el Quo, es en este sentido que el superior ve su competencia se encuentra condicionada en grado, incluso en su motivación, teniendo por lo máximo dictar una confirmación pero no podría reformarla, puesto que afectaría al procesado.

Esta limitación que nos manifiesta el autor, no es adoptada de manera obligatoria por todos los magistrados, entendiéndose que es un criterio de aplicación subjetiva, dado que existen una amplia lista de casos en que se da la condena del absuelto,

podemos afirmar que cuando no se aplica este principio de viola el derecho a la defensa.

Otro jurista que justifica la Reforma en peor es el Doctor, Antonio Millán Garrido que nos dice que el fundamento se encuentra en: en el nacimiento actual del principio acusatorio, que manifiesta impedimentos, para no perjudicar al apelante, siempre y cuando las otras partes no hagan nada.

La Reforma en Peor está ligada al derecho de defensa el cual en nuestra problemática se ve vulnerada, puesto que empeorar una pena, importaría una afectación directa a este derecho, en otras palabras manifestamos no podría el Ad quem, dictar una medida que vas más allá de sus facultades, puesto que de manera directa provocaría colocar al imputado, en un estado de indefensión, lo cual está prohibido.

Dentro de la Non Reformatio in peius en el Perú, encontramos 3 juristas connotados los cuales postulan que la reformatio se puede aplicar en el Perú, cuando se da esta problemática de la condena del absuelto, cada uno con distinta solución, lo que consideramos importante es conocer que manifiestan.

- a) Dr. Fernando Vicente Núñez
- b) Dr. Jorge Luis Salas arenas
- c) Dr. Arsenio Ore Guardia.

3.3. Postura del Dr. Fernando Vicente Núñez Pérez

El jurista y destacado profesor catedrático nacional, el Doctor Núñez ha realizado diferentes publicaciones dos de las cuales tienen importancia para nuestro tema: el primero, La condena de absuelto en la doctrina jurisprudencial de Colombia en el año

2016 y la Condena del imputado absuelto en instancia única publicada en el 2013, es así que el jurista pone de manifiesto, la inexistencia de un recurso impugnatorio, cuando se condena en segunda instancia y considera que esta falencia vulnera derechos fundamentales de los procesados.

El Dr. Fernando Vicente Núñez Pérez, (pág. 173); nos dice que: “la prohibición de juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho no se adecua al tema cuando el legislador, expresamente, autoriza la posibilidad que una sentencia absolutoria pueda ser apelada, entendiéndose que la sentencia emitida por el ad quo no ha adquirido firmeza”. El jurista considera que en un sistema jurídico tiene recursos y medios impugnatorios completamente establecidos, dado el caso podría presentarse la figura del absuelto condenado, puesto que es válido, teniendo plena facultad, es así por ejemplo que en nuestro País, el Código procesal Penal lo permite.

El jurista como lo menciona en el párrafo anterior, no ve con malos ojos condenar al absuelto, sino más bien considera que es una decisión que toma el legislador cuya justificación sería por las razones de: “(...) quien haya sido absuelto a nivel procesal, todavía no se encuentra amparado por el principio de non bis ídem” situación que solo podría ocurrir en el caso de que ninguna de las partes puedan apelar la resolución a nivel ordinario.

Tanto la constitución como la normativa vigente brinda al acusador la posibilidad de presentar un medio impugnatorio ante el fallo absolutorio, no generando el efecto de cosa juzgada, no pudiendo entenderse que esto genera una afectación al acusado, en base al principio de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, puesto que es el mismo proceso.

No obstante el Doctor Fernando considera:

Que cuando en un proceso se ve la figura del absuelto condenado, esta persona que es condenada en segunda instancia, necesitaría una futura instancia en el cual ejercite su derecho de defensa, es así que mediante la apelación podría alcanzar esta nueva instancia (Nuñez, 2013, pág. 175).

Justamente el autor manifiesta la necesidad de crear o legislar esta problemática mediante una tercera vía, para si el procesado pueda defenderse adecuadamente, puesto que se encontraría en un estado de indefensión.

Así también el autor manifiesta que “ni la casación excepcional ni la voluntad impugnativa, convierten a la casación penal en un clásico recurso de apelación” (Nuñez, 2012), el autor entiende que el recurso extraordinario de casación no sería el medio adecuado para solucionar esta problemática y la considera un medio de impugnación de trámite. En consecuencia el jurista considera:

Existe en la legislación la figura de doble instancia por el cual, esta posibilidad se le entrega a una persona con el objeto de apelar una sentencia absolutoria, lo que sería positivo, pero esta también tendría que ser tomada por ambas partes si lo quisiesen, ahora si esta posibilidad se le negase, ahí se configuraría una vulneración a la pluralidad de instancias (Nuñez, 2012, pág. 174).

Así también el jurista extrae del ordenamiento internacional específicamente del caso: *Ulloa vs Costa Rica*, que esta figura es legítima cuestionando así la inexistencia de un recurso ordinario, ya que la casación no cumple con lo manifestado en la Corte Interamericana de derechos Humanos.

3.4. Postura del Dr. Jorge Luis Salas Arenas

El jurista actualmente es Juez Suprema, a través de su trabajo, ha considerado que la figura del absuelto condenado, no debería aplicarse puesto que vulnera derechos fundamentales en específico el derecho de defensa, para lo cual ha hecho fundamentalmente investigaciones de casuística a nivel internacional, el cual se ve en el libro *Reformatio In Peius Cualitativa*, publicado en el año 2011, planteándonos así una posible solución mediante la implementación del recurso de revisión de manera específica para este tema, así vemos por conveniente desarrollar su postura para la realización de nuestra investigación.

3.4.1. Hipótesis de la revisión de la condena

- a) Si el imputado en un proceso judicial es condenado en primera o segunda instancia, y este apelase, solo se le podría absolver, o confirmar, mas no incrementar su pena.
- b) Si el imputado en un proceso judicial es condenado en primera o segunda instancia, y quien apelase fuera el Ministerio Público, solo se podría confirmar o variar la pena, incluso incrementar la condena.
- c) Si el imputado es absuelto en primera o segunda instancia, y quien apelase fuera el ministerio público, la confirmación de la absolución no genera ningún problema.
- d) Si el imputado es absuelto en primera sentencia, y condenado en segunda instancia, surge el problema puesto que no existiría una instancia para el inculpado.

En la cuarta hipótesis se manifiesta la problemática que “surge en la segunda instancia donde se produce por vez primera decisión de condena. El problema jurídico va más allá de lo procesal hacia el orden fundamental (derechos

humanos) y lo constitucional, dado que esa condena (fruto de un juicio revisorío) no podrá ser impugnada en la instancia de mérito.” (Salas, Reformatio in Peius Cualitativa, 2011) Las hipótesis que nos manifiesta el jurista, están basados en supuestos reales, claramente determina la problemática, ante lo cual el Dr. Sánchez hace un estudio muy amplio de una serie de casos que se han dado a nivel internacional.

3.4.2. Análisis de casuística internacional referente a la Reformatio in Peius

Es así que el jurista manifiesta que existe una vulneración al derecho de defensa del imputado, cuya base para manifestar este postulado se encuentra en estudios y argumentos extraídos del de casos a nivel de CIDH y convenios extranjeros como la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y convenio Europeo, al cual el Perú está suscrito y nos hace un análisis breve, puesto que en capítulos anteriores se detallaron pero claro el Doctor salas leda otro punto de vista, así tenemos:

a) CIDH, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)

Por este caso emblemático La CIDH, consideró como insuficiente que contra la resolución de instancia únicamente se autorice el recurso de casación y no el de apelación, por constituir un recurso más amplio el cual ofrece mayores garantías a las partes del proceso. El Estado de Costa Rica fue objeto de condena. Siendo este un caso de suma importancia y que sirve como antecedente, para fundamentar nuestra postura.

b) CIDH, caso Mohamed vs Argentina, informe N° 2/05

El jurista nos dice que la CIDH ha manifestado que: “El derecho de recurrir el 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.” (2011). Así entendemos que este postulado tiene vital importancia puesto que resalta que la pluralidad de instancia es una garantía que vela el debido proceso.

También nos manifiesta de la importancia que tiene este derecho el cual debe ser protegido, antes que la sentencia emitida adquiera la calidad de cosa juzgada, así mismo que el tribunal superior tenga todas las facultades para así que cuando llegue el caso, este pueda tomar una decisión basada en fundamentos de derecho, el cual debiera tener resultados positivos, tampoco debe ser de trámite complejo, y se debe garantizar su acceso.

Así mismo manifiesta que la sala de mayor jerarquía debe velar y proteger el debido proceso y las garantías constitucionales, independientemente del nombre que posea o condición, (ordinario o extraordinario). Y estos no solo tienen que ver aspectos de forma sino también el fondo.

A manera de conclusión del presente caso, el jurista manifiesta de lo manifestado por la corte debiera existir medidas de prevención por el cual la sala superior pueda tener acceso a poder realizar una revolución de actuar la prueba.

c) Análisis de lo resuelto por el Convenio Europeo y la Convención América de derechos Humanos, en el caso Mohamed vs Argentina

La Convención Americana no hace excepciones a la posibilidad de recurrir un fallo condenatorio. En este sentido sostiene que el estado argentino, manifiesta que presentar estas excepciones está amparado en lo dispuesto por el Convenio Europeo, en el artículo 2 del protocolo 7, en cuyo efecto está legitimado y amparado.

En contra posición la Corte Interamericana, no comparte esta normativa que ha tomado el estado argentino, puesto considera que la competencia es de la corte y no de este organismo europeo.

Por consecuencia de lo manifestado párrafos arriba, la Corte ha concluido que en estos casos de protección la normativa está amparada en el artículo 8.h de Convención Americana, manifestando finalmente que el Sr. Mohamed tiene de manera específica el derecho a apelar la sentencia emitida en la de la primera sala de la cámara nacional de apelaciones de argentina.

d) Análisis del caso Casal

De este caso podemos sacar un postulado muy importante, que el tribunal superior en este caso la casación, debe agotar todos los aspectos legales para revisar todo lo posible. “agotar la revisión de los revisable” (2011).

Para la CIDH, lo interpretado en el caso Casal resulta importante, pero resalta que aun la legislación Argentina, no modificó el artículo 456 que restringe este recurso, la casación en cuyo efecto no se hace posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias según lo establecido por dicho artículo. Todo ello condujo a la jurisdicción de la más alta instancia en Argentina hacia la admisión de un recurso ordinario en los casos de absueltos condenados en segunda instancia.

e) Análisis del caso Mendoza y otros vs. Argentina

La CIDH consideró que el recurso de casación en Argentina, no permite examinar de las cuestiones de índole factico o probatorio lo que se vulnera lo dispuesto en los artículos 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se hace una observación, en el sentido que el Código procesal Penal Nacional de Argentina y el Código penal de la provincia de Mendoza, si bien regulan la medida de este recurso (casación) este tiene un sentido limitado, restringido y contradice lo estipulado en la normativa de la convención Americana, así tenemos que el estado manifestó en su defensa que este se había resuelto con lo dispuesto en el Caso Casal, cuyo resolución ya se vio en la corte anteriormente.

A ello la corte manifiesta la importancia de dicha resolución, pero comprueba la vigencia judicial de los dos códigos anteriormente mencionados, lo cuales entrarían a sopesar contradicción.

Una vez analizado los diferentes casos del contexto internacional, el Dr. Salas, manifiesta que la solución a este problema en el Perú, se encontraría en el propio Código procesal Penal, dado que este también es la principal fuente de este problema, lo que resulta paradójico, planteando un recurso de revisión de la condena del absuelto el cual tomo como ejemplo a problemáticas existentes en otra rama del derecho, como es el derecho tributario.

3.5. Postura del Dr. Arsenio Ore Guardia

La postura del Dr. Arsenio Ore Guardia, básicamente está relacionada a lo que de manera expresa está escrito en el código procesal penal, más específicamente en el art.425, haciendo un análisis exhaustivo y crítico de este.

3.5.1. Alcances y problemática de viniente del Art. 425, inciso 3, literal b) del Código Procesal Penal

El jurista nos manifiesta que de acuerdo con lo establecido en el Código procesal Penal, efectuar la condena en segunda instancia, teniendo como antecedente la absolución, está basada en la facultad que tiene la sala para poder revocar resoluciones emitidas en la primera instancia, basados en la actuación y valoración de los elementos probatorios nuevos, actuados en la apelación.

Para ello primero hace un análisis de la problemática relacionado al artículo 425, es así que nos dice que el 423, manifiesta que detalla el ofrecimiento y actuación de la prueba, porque menciona esto, porque nos dice que hay una relación intrínseca puesto que este artículo se vería afectado, una vez aplicado el 425, es así que el 424, inciso 1, hace alusión a la audiencia de apelación,

que devienen de la primera instancia, no obstante el jurista observa una afectación de los principios de contradicción, oralidad e inmediación se verían afectadas si se aplicase el 425 del Código Procesal.

Una vez emitida la resolución de segunda instancia en concordancia con el artículo 425. Inciso 4, podrá entonces ser impugnada, pero ya no mediante un recurso ordinario, es entonces que podría estar bajo la posibilidad de ser declarada nula, que la confirmen o revocarla, esta misma figura pudo darse en la resolución de primera instancia, y si se hubiera advertido que bajo el principio de la reforma en peor, no se hubiese podido condenar.

Una pregunta que se hace el jurista es que esta condena emitida en segunda instancia afectaría la garantía de doble instancia, la cual está establecida en el artículo 139, inciso 6, de nuestra carta magna, y por ende el código procesal penal sería contrario a este ordenamiento, de lo que infiere afirma que la condena del absuelto, por si misma no vulnera el principio de doble instancia, pero lo que afecta es limitar al imputado para ejercer su defensa. Y la sustenta en 3 fundamentos:

- a) El contenido procesal y constitucional
- b) La ratio legis
- c) La llamada interpretación que realiza el TC Sobre lo estipulado en la norma constitucional.

3.6. Propuesta para la solución del problema

3.6.1. Modificación de los artículos 419 inc. 2 literal b, 425 inc. 3 y 439

La Carta Magna del Perú, del año de 1993 es la primera constitución peruana que ha recogido la iniciativa legislativa del ciudadano (o iniciativa legislativa popular): al hacer esto "la actual constitución ha democratizado significativamente el derecho de iniciativa legislativa en relación al pasado" (1993). El derecho de iniciativa legislativa del ciudadano aparece en el artículo 2 inciso 17 de dicho ordenamiento, en el capítulo sobre los derechos fundamentales de la persona.

Es entonces, que tomamos como referencia fundamental la postura y estudios de los tres juristas desarrollados anteriormente, el Dr. Jorge Luis Salas Arenas, el Dr. Fernando Vicente Núñez y el Dr. Arsenio Ore Guardia, porque entendemos que a lo largo de la investigación realizada en concordancia con nuestros objetivos e hipótesis hemos encontrado que se necesita plantear una modificación de propuesta legislativa del (i) literal b, del inc. 2 del art 419, (ii) literal b, del inc. 3 del art. 425 y modificación del art. 439 agregándole un inciso que permita la revisión de la sentencia de vista que deviene del caso del absuelto condenado.

3.6.2. Creación de la Moción Legislativa

Para la realización del planteamiento de la modificación de los artículos mencionados, hemos tomado como base el Reglamento del Congreso de la Republica, específicamente los art. 74 y 75, que nos dicen: i) que existe un derecho para poder presentar iniciativa legislativa por parte de las instituciones

señaladas por nuestra Carta Magna y los ciudadanos que puede presentar proposiciones de las leyes al Congreso Político del Perú.

Y ii) estas propuestas de ley, deben contener de manera obligatoria una exposición de motivos, las cuales deben contener de manera expresa los fundamentos, la vigencia y sus efectos en la legislación del país, la realización del estudio del costo-beneficio, así mismo también su estructura tendrá que contener, títulos, capítulos, secciones y artículos.

a) Investigación del tema

En esta etapa el autor, identifica el problema que se requiere investigar, con el fin de buscar una solución. Se debe exponer los hechos, motivos por el cual se investiga, en nuestro caso tiene un carácter jurídico.

Se realiza una recopilación de información, basándose en cuestiones de hecho, en nuestro problema se hizo un estudio doctrinario, jurisprudencia y casuístico, de material nacional e internacional, la cual está avalada en los diferentes capítulos que tiene nuestro trabajo.

b) Redacción de la modificación Legislativa

Debe estar constituida por una secuencia lógica, la cual presenta dos objetivos fundamentales, i) presentar la problemática y ii) plasmar la solución que se propone respecto al proyecto

c) Partes de la propuesta legislativa

El Título, que debe representar la materia sobre la cual versa la modificación de una manera clara y sencilla. En este sentido se puede dar el caso, de

una modificación, interpretación y/o derogación según sea el caso, en nuestro caso lo que se realizara es una modificación de una parte de los artículos 419 y 425 del CPP.

d) Parte Introductiva

Acá se realiza la identificación de quien propone la propuesta legislativa. Está compuesta por los antecedentes, manifestando las razones fundamentales.

e) Parte Sustentatoria

Esta parte está constituida por el fundamento, conteniendo, i) la exposición de motivos, describiendo la problemática, la actual situación del problema y la propuesta de solución, ii) la realización del análisis costo-beneficio, determinado por el enfoque socio-económico y iii) los efectos de la vigencia de la ley de la normativa en nuestro ordenamiento jurídico, conlleva los posibles cambios que se realizaran como consecuencia de la modificación de la ley o en nuestro caso los artículos mencionados.

f) Parte Resolutiva

En esta parte se plasman los artículos, los cuales dependiendo de la amplitud de estos, tendrán que estar constituidos por: libros, títulos y capítulos si fuera el caso.

Así mismo la propuesta legislativa cuenta con una serie de pautas así tenemos, i) las gramaticales, ii) de organización, ii) de estructura, iii) de numeración, iv) de modificación, para nuestro caso, este tipo de modificación se presentan entre comillas así por ejemplo tenemos:

Artículo 1°.- Modificarse el Artículo 419 del Código Procesal Penal (...) el cual quedara redactado según el siguiente texto:

“(...)”

y v) la adición, en este caso, la adición de artículos a una norma, se subrayan, colocando el artículo y su número que lo precede, adicionándole a este caracteres alfabéticos si son necesarios.

Esta propuesta de modificación legislativa, está desarrollada en el Anexo 1, de la presente investigación.

CAPÍTULO 4

OBJECIONES A LA POSTURA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Posiciones asumidas por los órganos jurisdiccionales en el Perú

El problema jurídico existente en la actualidad radica en la posibilidad de emitir una sentencia condenatoria, vía recurso de apelación, respecto de una persona absuelta en primera instancia, sin que esto afecte el derecho a la defensa y el principio constitucional de pluralidad de instancia. Los órganos jurisdiccionales amparan su decisión en la normativa existente, creándose un problema de derecho, donde conjugan afectación al derecho de defensa entre otros.

La importancia radica en que esta problemática se vincula con derechos fundamentales como la libertad, quizás, después de la vida, uno de los derechos más importantes de toda persona, derecho a la defensa, entre otros, por lo que es relevante su tratamiento procesal como garantía constitucional.

Se amplía también la problemática, no solo posible contradicción entre la norma procesal penal con la Constitución Política del Estado, sino entre el mismo Tribunal

Constitucional y algunos pronunciamientos de las diferentes salas de la Corte Suprema de la República.

Así mismo existe ordenamiento jurídico internacional que señala que en estos casos, existen pronunciamientos claros los cuales deberían ser tomados para que sirvan como parámetros de aplicación en cada país miembro.

4.2. Posturas que cuestionan la figura de la condena del absuelto

4.2.1. La Postura de amparar el fallo condenatorio a lo resuelto por los Tratados Internacionales suscritos por el Perú

El Perú dentro de su legislación normativa contiene a los tratados internacionales en una jerarquía del mismo valor que tiene la Constitución Política del Perú, y en ella se refiere también a derechos inherentes fundamentales que tenemos todos las personas es así que tenemos normativa variada respecto al tema haciendo un hincapié en determinados artículos que son:

- a) El art. 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refiere a las garantías que tiene un proceso judicial, el cual se toma como fundamento general para la aplicación de cualquier proceso no importando su naturaleza, el inciso 2 se refiere de la inculpabilidad hecha a una persona, propiamente se refiere ya al derecho penal, manifestado que todo inculpado tiene como garantía un derecho fundamental, el cual es de poder recurrir la sentencia ante otra instancia de superior jerarquía.

Se puede entender que si se aplica todo lo estipulado por esta normativa la doble instancia, ya estaría cumpliéndose puesto que solo se requiere de una revisión a nivel de grado jerárquico, ahora a través de la casuística y hechos

se ve que en la realidad podría darse el caso de nuestra investigación, para las cuales la Corte presenta una serie de casuística donde ha emitido pronunciamiento. La cual ya ha sido analizada previamente en capítulos anteriores.

b) El artículo 14, inc. 5 del PIDCP (Pacto Internacional de derechos Civiles y Politicos de Nueva York) este artículo nos manifiesta de manera expresa, “(...) que toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a la revisión del fallo condenatorio” refiriéndose del caso específico de la condena del absuelto.

c) El artículo 11, inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), se refiere a la utilización de todas las garantías necesarias para efectuar una defensa apropiada, de este artículo se puede utilizar para realizar de manera general realización la interpretación sistemática con todos los demás tratados que desarrollan los derechos humanos, así tenemos que para nuestro país tenemos el PIDCP, el cual nombra como garantías necesarias, que están abocadas exclusivamente a la defensa de derechos del imputado que está en un proceso judicial de índole penal.

Podemos concluir que la legislación internacional dentro de su normativa pretende asegurar la doble conforme del condenado, lo que quiere decir que toda persona que es condenada en esta segunda instancia pueda tener acceso a una revisión de su condena, respetando las garantías y derechos inherentes a su persona.

4.2.2. Jurisprudencia relevante del sistema judicial Peruano

Si bien este capítulo se refiere, a tomar todas las posturas contrarias a nuestra posición, dado la dificultad de nuestra investigación, hemos visto por conveniente redactar análisis donde existen resoluciones de casos a nivel de los órganos jurisdiccionales del Perú que nos muestran tanto pronunciamientos positivos como contrarios con el objetivo de hacer un careo a manera de discusión, para que este se entienda que incluso en la actualidad sigue existiendo problemática sobre el tema y que nuestro ordenamiento jurídico viene tratando de solucionarlo.

4.2.3. Casuística que nos manifiesta que Si es posible condenar al absuelto

- **La Casación 195-2012, Moquegua:** de fecha 05.09.2013, en esta casación existe un pronunciamiento adicional del juez supremo Morales que nos dice: “(...) que de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la corte interamericana de Derechos Humanos, no existe justificación 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 posibilidad de no existir un recurso impugnatorio de configuración legal, que habilite la revisión del fallo en *instancia ordinaria*.” (2012, pág. 31), por este postulado se muestra también la discordia motivacional de esta problemática.
- En si la casación determina que la sala de apelaciones tiene la potestad legal de poder condenar en la segunda instancia a un procesado, que viene de una sentencia absolutoria, pero para lo cual se pone bajo condición superpuesta la realización de la actuación probatoria en dicha audiencia, para así se

pueda respetar el principio de inmediación y que esta prueba tenga la calidad necesaria para sustentar la inocencia del imputado.

- **La Casación 1379-2017:** Nacional de fecha 28.08.2018, nos dice que: “la legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura dimensiones y particularidades nacionales (...) es aceptada en el derecho comparado” (2018, pág. 10), apartándose de anteriores pronunciamientos señala que si es posible condenar en segunda instancia cuyo fundamento se encuentra en el medio impugnatorio por excelencia, la apelación, agregándole a este pronunciamiento que es aceptada por el derecho comparado como el derecho internacional y poniendo como ejemplo el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 83.

Nos manifiesta también que cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere, fundamentalmente que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública, con presencia de los demás interesados o partes adversas, para cumplir esta exigencia el código procesal penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos.

- **La consulta del caso 2491-2010 a la sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema.-** Manifiesta que si se puede condenar al absuelto, pues su régimen jurídico no afectaría la garantía de dualidad de instancias, puesto que

lo que manifiesta nuestra constitución en su artículo 139, inc. 6 es la instancia plural, la cual está completamente satisfecha al haberse llevado dos instancias de orden sucesivo y jerárquico, donde se analizaron el fondo y los distintos medios de prueba, teniendo en cuenta la jerarquía se entiende que el segundo proceso debe prevalecer al anterior, como se manifiesta en el presente caso, “(...) el fiscal ha interpuesto recurso de apelación, circunstancia que al habilitar un procedimiento condenatorio, no permite arribar a una conclusión que implique una reformatio in peius para el procesado” (2010, pág. fj. 15). Nos dice con este postulado que se puede prever una afectación al procesado por lo tanto el fallo no afectaría el principio de la reforma en peor.

- **La Consulta 15852-2014**, Junín de fecha 22.10.2015, nos señala que las disposiciones contenidas en los artículos 419.2 y 425.3.b no vienen viciadas de inconstitucionalidad, tratándose de dos artículos que integran el cuerpo normativo (CPP).

Dichas normas posibilitan la revocatoria en 2da instancia de la sentencia absoluta, mas no contienen prohibición o restricción que impida la interposición de un recurso impugnatorio contra lo resuelto en segunda instancia.

Por lo que no existe contravención de las normas procesales a la norma constitucional, tratados de derechos humanos e interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que la misma no contiene restricciones al acceso a la doble instancia, además que fundamenta la materialización del derecho a impugnar cuando posibilita que en la segunda

instancia se revise la sentencia absolutoria (FJ 6.5). Agrega que la casación en el proceso penal cumple adicionalmente una función dialéctica “Las finalidades institucionales de la casación son la nomofiláctica y la uniformadora de la jurisprudencia; a estas finalidades tradicionales, se les ha agregado una tercera: la dialéctica, por la que se pretende una solución justa el caso concreto” (Pastor, 2010) .

4.2.4. Casuística que nos dice que no es posible la condena del absuelto

- **La Casación 385-2013:** San Martín de fecha 05.10.2015, analiza más que la facultad que tiene la sala de apelaciones, el derecho del procesado a recurrir la sentencia condenatoria es así que señala “la condena del absuelto despoja al condenado, que por primera vez en segunda instancia de su derecho a impugnar, pues, (...) al referir que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que constituye un derecho reconocido al imputado” (2015, pág. 19).

Nos dice también que el derecho que tiene el imputado a impugnar un fallo lo hace porque ejerce su derecho de defensa en cuya posibilidad tenga la opción de requerirlo, así la resolución tenga la calidad de firma pudiéndolo hacer mediante un pedido de poder viciar dicho procedimiento. (2015, pág. 19).

En esta casación se trata de dejar en claro que la casación no es el medio idóneo puesto que tiene limitaciones que devienen de su concepción jurídica, quedando descartado que este recurso no se compara a la apelación.

A ello culmina este análisis con la posibilidad de habilitarse salas de revisión en los diferentes distritos judiciales cuyos objetivos tendrían que ser proteger la

economía y celeridad procesal, teniendo facultades para poder realizar análisis del derecho y hecho.

- **Casación 194-2014:** Ancash, de fecha 27.05.2015, se señala que: “en el fondo no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues si lo es, pero se exige que, si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo” (2015, pág. 4). Este llamado recurso devolutivo viene a ser la revisión de la sentencia, por el cual se respeten los postulados referentes a todas las garantías que manifiestan la norma sustantiva.

Es así que este derecho a la dualidad de instancia procesal es especial, configura el derecho de defensa, en ese sentido, con el fin de proteger este derecho correspondería dictar nulo lo realizado en primera y segunda instancia, para que se disponga nuevo juicio y así poder subsanar errores y hacer un análisis más amplio respecto al fondo.

- **La Casación 542-2014:** Tacna, de fecha 14.10.2015, señala además que en concordancia con la anterior casación de Ancash nos dice que: “(...) si nos encontramos ante un vicio determinado por la ausencia de un presupuesto procesal de existencia por no haber- por no existir- un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad por ser un vicio de proceder (vicio in procedendo). Lo último que falta es el alcance de la nulidad, (...)” (2015, pág. 15). Nos dice que ante la ausencia de un presupuesto procesal de existencia y rebatidos los fundamentos del proceso corresponde la anulación de todo. Iniciándose otra

vez el proceso a foja cero, entendiendo que aquí se afectaría el orden jurídico pues denota tiempo, por el cual afectaría también a otros procesos.

- **La Casación 454-2014:** Arequipa de fecha 20.10.2015, se establece con relación a lo que manifiesta el Tribunal Constitucional que: “la resolución plural queda satisfecha con la duplicidad de instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas” (2014, pág. 6), manifestando este postulado como de manera genérica, en relación al derecho penal los cuales se encuentran sustentados en los tratados internacionales los que desarrollamos anteriormente.

Nos dice también que en casos de materia cuyo origen es criminal la duplicidad de instancia va de la mano con la filosofía garantista, reclamando así incluso más de lo estipulado en cada normativa interna de cada país, que este tipo de fallo tenga siempre de manera obligatoria, la opción de ser revisado por órgano de mayor jerarquía en grado (Casacion 454, 2014, pág. 5).

Así podemos entender que el garantismo podría incluso ir más allá, del ordenamiento jurídico interno de cada país, con tal de asegurar que no se vulneren derechos, a los cuales creemos que no es necesario tener posturas radicales, siendo que en el Perú, vivimos en un estado de derecho, cuya normativa va en constante evolución.

Así mismo reconoce que la sala suprema, no cuenta con facultades para realizar un examen integral, de todo lo actuado en instancias inferiores, producto que es solo dado de manera extraordinaria. Por lo que si se detectase un error en la aplicación de instrumentos procesales así como de derecho,

podría solo dictar la anulación de todo lo actuado para iniciar un nuevo proceso.

Incluso en mérito a esa línea jurisprudencial determinado por el supremo tribunal, la Tercera Sala Penal Superior de La Libertad en la resolución de apelación dictada en el expediente 5894-2015-34, señala que la pretensión impugnatoria del Ministerio Público que señala de manera exclusiva sobre la revocatoria de la sentencia absolutoria y la condena del imputado en segunda instancia se encuentra vedado en la jurisprudencia penal vinculante, por lo que se pretende un imposible jurídico.

4.2.5. Análisis realizado de la figura de la pluralidad de instancia como garantía procesal y constitucional

El análisis que concebimos como pluralidad de instancia. Es, si esta concepción se limita a determinar que su cumplimiento se da por el solo hecho de que un órgano superior revise una sentencia dictada en primera instancia y si está facultado por la norma procesal penal, para declararla nula, confirmar o revocarla incluso si esta es absolutoria, emitiendo una condenatoria, sin mayor limitación. O si por el contrario este principio está vinculado al hecho de que una sentencia condenatoria pueda ser impugnada, sin importar la instancia en la cual se dicte. El doctrinario Couture manifiesta que:

La instancia es el termino jurídico que se le da a todas las etapas que tiene un proceso judicial, haciendo una diferencia jerárquica entre ellos, va desde la ejecución dela acción penal de acusar hasta el la ejecución de la sentencia final, entendiend entonces que existe dos instancias definidas, la cual cada uno tiene diferentes magistrados y diferentes medios probatorios. (Franciskovic & Torres, 2002).

Entendemos entonces que la instancia está inmersa en el proceso, para pasar de una a otra, tienen que pasar actos procesales los cuales definirán la suerte de un procesado.

La sala suprema permanente de derecho constitucional y social señala que lo contemplado en la vigente norma procesal penal no limitan en modo alguna el principio de pluralidad de instancia, ya que este principio se satisface con los sucesivos exámenes y decisiones que pueden tomarse sobre el tema denunciado ya que se parte de una formulación de cargos plasmada en una acusación fiscal, donde se la atribuye responsabilidad, la cual es debatida tanto en primera como segunda instancia.

Para ello el imputado ha ejercido su derecho de defensa, incluso en caso de darse una sentencia condenatoria, en segunda instancia del absuelto en primera instancia, éste tiene expedito el recurso de casación, por lo que no se limita su derecho en forma alguna.

Esta concepción de dicha sala suprema la podemos definir como una de pluralidad de instancia procesal o formal, ya que considera ha dicho principio como la revisión formal del fallo en dos instancias, independiente de quien la proponga o del pronunciamiento final que se emita.

Si recurrimos a la doctrina podemos indicar que el derecho “al doble conforme” (Yepez, 2014), es mucho más que una simple corrección a una resolución, cuyo origen nace del irrespeto de las garantías constitucionales que todo

procesado tiene. Es entonces parte del proceso, y su aplicación debe ser de manera obligatoria.

En el mismo sentido podemos afirmar que el derecho al recurso de recurrir contra el fallo condenatorio y la doble instancia son, en esencia, derechos diferentes de cara al procedimiento penal; mientras el primero implica como núcleo esencial la posibilidad de revisión integral del fallo de condena en materia penal, el segundo tiene como núcleo la existencia de dos momentos de conocimiento, no sólo debido a un fallo condenatorio sino de cualquier otro tipo de decisión judicial. Asimismo, la doble instancia se garantiza con recursos incluso de naturaleza extraordinaria, situación contraria al derecho a recurrir el fallo de condena. Por ende, la obligación de los estados es garantizar el derecho al doble conforme y no la doble instancia (Salazar, 2015).

El doble conforme es la garantía del imputado de que sean dos tribunales, si así él lo requiere, los que señalen su culpabilidad. Incluso el doble conforme también es el principio que prohíbe que, si dos tribunales han señalado la inocencia del justiciable, esta declaratoria doble de inocencia no pueda ser cuestionada posteriormente. (Jimenez & Vargas, 2018).

En igual sentido el jurista Ore Guardia nos dice:

Que es pertinente tener en cuenta que no se cuestiona que se haya condenado en segunda instancia, sino entonces lo que se cuestiona es que hubo falencias de procedimiento, donde no se realizó un debido proceso y por ende tuvo que terminar con este tipo de resolución (Ore, 2012).

En ese sentido se puede afirmar que hay procesos, donde los magistrados al encontrar este tipo de sentencia absolutoria en la primera instancia, al detectar

estas falencias, tienen el criterio de anular dicha sentencia, lo que a nuestro parecer es lo correcto, y será en un nuevo juicio donde se podrá subsanar y así no vulnerar estos derechos.

4.2.6. Análisis realizado del recurso de casación y apelación en el absuelto condenado

Neyra Flores nos dice que los recursos son:

Son todos aquellos actos procesales cuya virtud principal radica en que el sujeto que se considere agraviado por una sentencia judicial, solicita dentro del mismo proceso, en los plazos y presupuestos requeridos, que se revise para que ésta sea revocada, confirme o anule (Neyra, 2010, pág. 372).

Para nuestro análisis es importante partir de conceptos básicos, primero detallando desde lo más ínfimo a lo complejo, ahora podemos decir que el recurso engloba en sí, una serie de figuras inmersas, ahora viéndolo en referencia a nuestra problemática podemos decir que se divide en dos tipos: i) ordinario y ii) extra ordinario, del primero que se aplica de forma general en virtud al avance de un proceso y el segundo más bien tendrá una serie de requisitos los cuales calificarán para su admisión.

El recurso o medio impugnativo por excelencia de apelación tiene por fin que se revise la sentencia dictada en primera fase, dentro de los límites que se exponga en la pretensión impugnatoria formulada por las partes apelantes.

A diferencia, el recurso de casación es de carácter extraordinario en cuyo caso el jurista Caverro nos dice:

Que procede cuando se han agotado los recursos ordinarios, limitándose sus agravios causales, a los señalados en la norma procesal, sujeto a un mecanismo conforme a la legalidad de las decisiones judiciales adoptadas en segunda instancia, no procedería contra cualquier tipo de resolución judicial, que tiene por fin controlar la adecuada interpretación y aplicación del derecho, así mismo defender la norma objetiva en sentido material, en contra las sentencias que infrinjan la normativa, asegurando el cumplimiento nomofilactico, para después unificarlo en la llamada finalidad dikelógica (Cavero, 2015, pág. 37).

Entonces podemos decir que, el recurso de casación no constituye una tercera instancia así sea, si esta se ha empleado mediante la interposición del recurso de casación excepcional, ya que incluso éste tiene muchos límites que no permiten impugnar de manera directa toda sentencia condenatoria.

Así mismo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia nos dice que:

El recurso extra ordinario de casación no es una tercera instancia, por lo cual, pero si se podría poner en controversia todas las conclusiones jurídicas o fácticas, más bien nos dice que lo que realiza es un juicio de legalidad, demostrado así que este fallo atenta contra el ordenamiento jurídico. La casación no es una tercera instancia (El tiempo casa editorial, 2007).

Es en ese sentido, afirmamos la postura que la casación si bien es un recurso extraordinario, este es completamente limitado, por eso cuando llega la figura de la condena del absuelto a esta instancia, no se resuelve el problema, y en la gran mayoría de casos se declara la nulidad, dando pie origen a otro proceso, más carga para el ordenamiento jurídico.

4.2.7. Análisis del Pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación al absuelto condenado

Lo que manifiesta el Tribunal Constitucional es, que carecería de contenido la cláusula constitucional de pluralidad de instancia sí, es que la principal persona

involucrada en el proceso penal (el imputado), no contara con la posibilidad real y efectiva de cuestionar las razones de su condena. Si bien existe esa posibilidad a través del recurso de casación penal, pero sería inoficioso, ya que no solo estamos ante un recurso extraordinario, admisible en los supuestos señalados en la norma procesal penal sino porque no es un mecanismo que permita un reexamen de los hechos o las pruebas que sustentaron la condena, aspecto crucial en la lógica del derecho a la instancia plural.

Finaliza el TC, señalando que la casación no constituye un recurso eficaz que permita un análisis integral del fallo condenatorio en segunda instancia, por lo que, coincidiendo con los diversos pronunciamientos de la sala suprema, corresponde habilitar un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio del absuelto.

Creemos que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es adecuado porque su concepción del principio de pluralidad de instancia es de naturaleza constitucional o de doble conforme, aplicado a un fallo condenatorio dictado en segunda instancia, de quien fuera absuelto en primera instancia.

Si bien no realiza un análisis amplio de que la disposición contenida en el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal para declarar que ésta vulnera el principio de pluralidad de instancia, podemos inferir de su pronunciamiento que esto es así solo cuando está relacionado al supuesto procesal que se dé, la condena del absuelto en un proceso.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Se analizó la pluralidad de instancia como una garantía constitucional, un principio general que consagra nuestra constitución política del Perú, pero este principio se aplica de forma general, de la investigación realizada de este principio hemos concluido que afecta al derecho de defensa del imputado, en el caso específico del absuelto-condenado, puesto que en nuestro ordenamiento también existe una norma específica que se aplica para los procesos penales, “el código procesal penal”, este código permite a los jueces de salas superiores, poder condenar a una persona que fue absuelta en primera instancia, vulnerando así esta doble instancia por consecuencia afecta al derecho de defensa de esta persona, es así que podemos manifestar de una existencia de contraposición de estas dos normas, lo que se interpreta de la constitución y lo que se aplica del código procesal penal.

SEGUNDA: Se identificó los efectos que se producen al analizar e identificar a la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema,

el Código Procesal Penal y los Tratados Internacionales en relación al absuelto condenado, son claros así tenemos: i: existen vulneración de derechos, el tribunal constitucional a través de sus distintas resoluciones han manifestado que se vulnera el derecho de defensa, ii: existen normas como el artículo 419, inc.2 y el Art. 425, inciso 3, literal b) del Código procesal penal, que deben ser modificados ya que, permiten a los jueces superiores no decidir de manera uniforme, es decir algunos jueces se basan en estos artículos para condenar mientras otros jueces no lo hacen, con respecto a los organismos internacionales, (CIDH, PIDCP, CE) en sus distintos pronunciamientos, consideran que hay un agravio para el imputado, vulneración de derechos, y a-través de sus sentencias, recomiendan a los países miembros, adecuar su legislación buscando formas de solucionar esta problemática.

TERCERA: Se analizó el derecho de defensa, encontramos que se ve vulnerado, dado que la sentencia de vista que condena al absuelto, deja en un estado de indefensión, al condenado puesto que la vía ordinaria termina ahí. Lo que prosigue es interponer recurso de casación, siendo este un recurso extraordinario que tiene sus propios requisitos, a ello debemos manifestar que este recurso no ve cuestiones de fondo mas solo se encarga de analizar cuestiones de vulneración de derechos y la forma de cómo se llevó el proceso, no pudiendo presentar pruebas, ya que estas se actuaron en juicio con el juez del A quo en primera instancia, así mismo se afecta el principio de inmediación entendiendo que tanto el juez del A quo y e A quem tuvieron un acercamiento con las partes procesales y pruebas pertinentes, en casación ya no existe, puesto que solo se hace un análisis de todo lo

actuado. En primera instancia tanto la actuación de las pruebas como el principio de inmediación no se ven vulnerados, dejándolo en mejor posición con respecto a los jueces del A quem y de los jueces que analizaran en el recurso extra ordinario de casación, si es que se hubiese llegado a esta instancia, todo lo anterior mencionado coloca al imputado en un indebido estado de indefensión.

SUGERENCIAS

- 1) Se sugiere que la interpretación tanto de nuestra Constitución Política del Perú como del Código Procesal penal, sea uniforme de acuerdo a derecho, entendiendo que es labor de los jueces dicha aplicación y estos cuentan con todas las facultades correspondientes a su criterio y experiencia, el problema encontrado en nuestra investigación es un problema de derecho y por ende debe ser tratado con sumo cuidado.
- 2) Sugerimos la modificación del inciso. 2 del artículo 419, el literal b) del inciso 3 del artículo 425 y el artículo 439, del Código Procesal Penal, puesto que estos generan un criterio de aplicación distintos en los magistrados.
- 3) Se sugiere tanto a nuestros administradores de justicia como a todos los operadores del derecho, un mayor análisis jurídico en temas de afectación de derechos fundamentales, ya que el fin del proceso y del derecho es buscar la paz social a través de la imposición de la administración de justicia.

ANEXOS

Anexo N° 1

PROYECTO DE LEY

**Ley que modifica los artículos
419º, 425º y 439º del Código
Procesal Penal.**

**LEY QUE MODIFICA LOS ARTICULOS 419º, 425º y 439º DEL CODIGO PROCESAL
PENAL, REFERIDO A LAS FACULTADES DE LA SALA PENAL SUPERIOR,
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE
REVISIÓN.**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Nuestra Carta Magna en su artículo 139º inc. 6 establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La pluralidad de instancia”.

El Derecho a la Pluralidad de Instancia se encuentra consagrado en la Carta Fundamental del Perú como un derecho fundamental de toda persona, con lo que, el Estado garantiza que las personas jurídicas y/o naturales que sean parte en un proceso judicial, puedan recurrir ante un órgano jurisdiccional superior al que resolvió, con la finalidad que lo resuelto sea revisado por un superior jerárquico de la misma naturaleza.

La figura del absuelto condenado está representada básicamente en el sujeto al cual se le ha sentenciado con una condena por la sala de segunda instancia. Habiéndolo absuelto el juez unipersonal o el colegiado, privándole así la posibilidad de que este se defienda, dado así este es uno de los temas más controvertidos que actualmente tiene el proceso penal Peruano.

La ley, en su función de política judicial y procedimental, cuenta con principios que van a regir en la actividad procesal, todos ellos derivan del principio de economía procesal, siendo la base de los demás, cuya última finalidad es un propósito de eficacia, de modo que el proceso, como institución, funcione con el mayor rendimiento y menor desgaste de la energía del ser humano, costo económico y la simpleza jurídica.

Es bajo tales premisas, que en el derecho comparado se ha legislado estableciéndose figuras jurídicas para que el absuelto condenado por primera vez en segunda instancia, tenga el derecho de cuestionar tal decisión judicial.

De la revisión realizada a la legislación internacional podemos advertir que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8º Garantías Judiciales inciso 2, literal h) señala que: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...“derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Mohamed vs Argentina, dicta la Sentencia de fecha 23 de noviembre del 2012, una vez realizado el análisis jurídico hace notar que 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. 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.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que el Estado Argentino deba 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, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.

Cabe señalar que el Código Procesal de Chile en el inciso a) del artículo 373° Causales del recurso, señala: procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Carta Magna o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Conforme lo establece el artículo 55° de nuestra Carta Magna: Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, y en su cuarta Disposición y Transitoria, señala que: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Carta Magna 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.

En tal sentido, el Estado Peruano al formar parte y ser miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, corresponde adecuar su ordenamiento jurídico

penal, conforme a lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

EFFECTOS DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa busca modificar los artículos 419º, 425º y 439º del Código Procesal Penal, otorgando al absuelto condenado el derecho de cuestionar la sentencia de vista que lo condena por primera vez:

Fórmula Legal del Proyecto de Ley

Artículo 419º.- Facultades de la Sala Superior

...

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución absolutoria impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias no podrá dictar sentencia condenatoria.

...

Artículo 425º.- Sentencias de Segunda Instancia

...

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

...

- b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria no puede dictar sentencia condenatoria. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede

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

...

LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Artículo 439º.- Procedencia

La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y solo a favor del condenado, en los siguientes casos:

...

7. Cuando en segunda instancia se ha condenado al absuelto por primera vez.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no generara gastos al presupuesto del Estado, ya que, al establecer la posibilidad que el absuelto condenado tenga el derecho de interponer un recurso impugnativo cuestionando la pena interpuesta, tiene análisis costo beneficio positivo; por cuanto, se evita los gastos que conlleva el desarrollo de un nuevo juicio, de acorde a lo desarrollado en la exposición de motivos.

Estando conforme a lo establecido en el artículo 75º del Reglamento del Congreso de Republica, se propone el siguiente proyecto de ley:

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA LOS ARTICULOS 419º, 425º y 439º DEL CODIGO PROCESAL
PENAL, REFERIDO A LAS FACULTADES DE LA SALA PENAL SUPERIOR,
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE
REVISIÓN.**

Artículo 1º.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad modificar el artículo 419º, 425º y 439º del Nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en el extremo referido al derecho de defensa del absuelto condenado de interponer recurso impugnatorio en contra de las sentencias de vista que lo condena por primera vez.

Artículo 2º.- Modificación del Decreto Legislativo N° 957

Modifíquese, el inciso 2 del artículo 419º, el literal b) del inciso 3 del artículo 425º e incorporar el inciso 7 al artículo 439º del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957, los mismos que en adelante tendrán la siguiente redacción:

Artículo 419º.- Facultades de la Sala Superior

...

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución **absolutoria** impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias **no** podrá dictar sentencia condenatoria.

...

Artículo 425º.- Sentencias de Segunda Instancia

...

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

...

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada.

Si la sentencia de primera instancia es absolutoria **no** puede dictar sentencia condenatoria. 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.

Artículo 439º.- Procedencia

La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y solo a favor del condenado, en los siguientes casos:

...

7. Cuando en segunda instancia se ha condenado al absuelto por primera vez.

Artículo 3º.- Normas a derogar o dejar sin efecto

Derogase o déjese sin efecto las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

Artículo 4º.- Vigencia

La presente Ley entrara en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la Republica para su promulgación.

Lima, 21 de enero del 2019

Anexo N° 2

PROYECTO DE TESIS



Facultad de Derecho y Ciencias Humanas
Carrera de Derecho

**“Análisis de la pluralidad de instancia,
como afectación al derecho de defensa
del absuelto – condenado, en las
sentencias de vista, Arequipa 2018”**

Autores:

Renato Gustavo Valverde Málaga

Christian Fernando Vera Yucra

Para obtener el Título Profesional de Abogado

Asesor:

Arequipa, noviembre 2018

2. Tema y título

“Análisis de la pluralidad de instancias, como afectación al derecho de defensa del absuelto – condenado, en las sentencias de vista, Arequipa 2018”.

2.1. Planteamiento del problema

La presente investigación tiene como objeto fundamental analizar la figura de la pluralidad en instancia y como está afecta al derecho de defensa en el absuelto condenado, primero analizaremos la carta magna del Perú, Constitución Política del Perú, y así como las diferentes pronunciamientos de entidades judiciales del Estado Peruano, así también como se da el tratamiento de esta figura en Organismos internacionales con referencia al tema.

La Carta Magna del Perú, en su artículo 139° inc. 6 establece: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La pluralidad de instancia” (1993).

De lo establecido en el párrafo anterior podemos precisar que el Derecho a la Pluralidad de Instancia se encuentra consagrado como un derecho fundamental de la persona, con lo que el Estado garantiza que las personas jurídicas y/o naturales que sean parte en un proceso judicial, puedan recurrir ante un órgano jurisdiccional superior al que resolvió, con la finalidad que lo resuelto sea revisado por una instancia superior de la misma naturaleza.

Así mismo, debemos precisar que esta Garantía Constitucional también ha sido recogida por el Código Procesal Penal en su artículo I, inc. 4 de su Título Preliminar, de la misma forma el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sentado su posición con relación al Derecho de la pluralidad de

instancia, donde precisa que el derecho de la pluralidad de instancias es un derecho inherente al Derecho de Defensa que tienen las partes de un proceso judicial (Salas, 2011, pág. 23).

Teniendo en consideración lo señalado en los párrafos anteriores podemos afirmar que el derecho a la pluralidad de instancias manifiesta dos grandes interpretaciones, la primera como una garantía del debido proceso; y ya la segunda como un derecho a la tutela jurisdiccional por lo tanto, el absuelto – condenado, tiene la garantía de que su proceso cuente con un debido proceso, a su vez tiene el derecho de pedir al órgano jurisdiccional encargado de representar al estado, tutela velando así por sus derechos, derecho a solicitar un doble pronunciamiento jurisdiccional.

El derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Perú, donde manifiesta que una persona no puede ser privada del derecho a defenderse en ningún estado del proceso, esto implica desde el inicio del proceso. El Tribunal Constitucional del Perú, se ha pronunciado en varias sentencias, donde manifiesta que una persona no puede quedarse en un estado de indefensión, esto concordaría con las personas titulares de derechos que se ven impedidos de ejercer medios de defensa legal. “(...) sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga, tal hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado, argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (...)” (Derecho de Defensa, 2006)

Por otro lado, La CIDH. Ha establecido que este derecho esta subsumido de manera intrínseca en el debido proceso, en la medida que este sea entendido como un conjunto de formalidades dentro de las etapas de los procesos, donde las personas tengan la plena capacidad de defenderse adecuadamente de cualquier acto y en cualquier instancia del proceso (Leiva vs Venezuela, 2009)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no existe un órgano superior jerárquico que revise las sentencias emitidas en segunda instancia que condenan al imputado que fue absuelto primera instancia; decisión que vulnera el principio y derecho constitucional de la pluralidad de instancias, derecho de defensa que se ve limitado al no poder recurrir a una instancia superior.

Si bien existe un recurso extraordinario llamado casación, que sería la instancia superior a seguir, este no es completo es así que el jurista Claus Roxin (2004, pág. 252) nos dice que: La casación es un recurso extraordinario acotado e insuficiente donde lo que se busca es encontrar una lesión a un derecho material o formal. Así, la casación es, en contraposición a la apelación, que ha sido designada como, un legítimo procedimiento en segunda instancia.

Sin embargo, conforme lo establece el artículo 55º de nuestra Carta Magna: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", y en su cuarta Disposición y Transitoria, manifiesta que:

Las leyes, dispositivos relativas a los derechos y a las libertades que la Carta Magna reconoce se interpretan en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales en las mismas materias, que han sido ratificados por el Perú" (Constitución Política del Perú, 1993).

En el caso concreto y del análisis realizado al expediente N° 00284-2013-71-0401-JR-PE-01, podemos desprender que el imputado por el delito contra el patrimonio en su modalidad de estafa, en primera instancia fue absuelto de los cargos que le imputaba el Ministerio Público; fallo que fue apelado por el Ministerio Público y en segunda instancia la Segunda Sala Penal de Apelaciones lo condena a dos años y ocho meses de pena privativa de la libertad.

De lo anteriormente señalado podemos advertir que al absuelto – condenado se le ha vulnerado la garantía constitucional del derecho a la pluralidad de instancias, el derecho al debido proceso y su derecho a la defensa, todo ello como consecuencia de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un tribunal superior donde pueda interponer el recurso impugnativo, con lo que se estaría vulnerando las garantías constitucionales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

En materia penal el principio de la pluralidad de instancia desdobra su mayor magnitud garantista, exigiendo más allá de cuál sea la configuración del sistema impugnatorio interno de nuestro país, que una decisión condenatoria tenga siempre la posibilidad de ser revisada por un Tribunal jerárquico superior al que la emitió.

Abordar este tema nos conduce a analizar las diferentes posturas, que generan discordia vigente, entre quienes creemos que el artículo 425º, inc. 3, literal b) del NCPP, concordado con el artículo 419º, inc. 2, contravienen la Constitución Política del Perú, ya que faculta a los operadores de justicia, vulnerar el derecho a

la revisión de la condena emitida en segunda instancia y a su vez viola otros derechos conexos. (Codigo Procesal Penal, 2004)

El presente análisis hace una amplia referencia y estudio de los tratados internacionales, legislación comparada referente al tema, dado que ahí se ha encontrado casuística, pronunciamientos y posibles soluciones a la problemática que tocamos en esta oportunidad, resaltando que nuestro país acepto como jurisdicción supra nacional la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por lo mismo tiene la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en este convenio.

2.2. Planteamiento del problema

2.2.1. Problema general

¿Por qué la pluralidad de instancia afecta el derecho de defensa del absuelto-condenado, en las sentencias de vista?

2.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Qué efectos producen la pluralidad de instancia cuando se contraponen la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Penal, los tratados internacionales y el pronunciamiento del tribunal constitucional en relación a la condena del absuelto?
- b) ¿Por qué el derecho de defensa de manera específica, se ve afectado en ponderación a otros principios y derechos de un proceso judicial?

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Analizar la pluralidad de instancia, cuando se afecta el derecho de defensa del absuelto-condenado, en las sentencias de vista.

3.2.Objetivos específicos

3.2.1. Identificar los efectos de la pluralidad de instancia que se da en la aplicación de la norma constitucional, Código Procesal Penal, Tratados Internacionales y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación a la condena del absuelto.

3.2.2. Analizar el derecho de defensa y su afectación en relación a otros principios y derechos que afectan al absuelto condenado.

4. Fundamentación o justificación de la investigación

La presente investigación se realiza bajo los parámetros existentes en el derecho ya que con lleva una problemática existente, donde las normas obedecen la jerarquía Constitucional, tratados internacionales, cuyo fin es proteger los derechos fundamentales en los procesos, a su vez existen normas como las del código procesal Penal donde no hay criterios uniformes que manifiesten soluciones coherentes a esta problemática, creando un déficit legal el cual amerita ser analizado.

Creemos que el análisis nos servirá para generar material intelectual valioso, porque podremos determinar efectos jurídicos respecto al caso en particular donde exista la condena del absuelto.

A partir de los resultados de la presente investigación de estudio se podrán generar, información relevante, instauración de normas jurídicas que resuelvan esta problemática, siendo a su vez un aporte a futuros casos donde exista la condena del absuelto – condenado.

Creemos que la presente investigación tiene relevancia Jurídica, manifestada en la creación o implementación de una tercera instancia, la cual coadyuvara en una mejor aplicación de la justicia, así también nos sirva para proteger a los ciudadanos no perjudicándolos en un absurdo alargamiento de los procesos.

A nivel académico tiene una relevancia dogmática y práctica como material de consulta y de estudio; por cuanto, no solo se limita al análisis del tema materia de investigación, también será de utilidad para incentivar a los futuros abogados a la creación de mociones legislativas o proponer modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico, todo esto en beneficio de los sujetos procesales; ya que el ejercicio de la abogacía no solo se realiza en la defensa de los derechos de las personas.

5. Descripción del contenido

5.1.Marco Teórico

5.1.1.Absuelto – condenado

Por esta figura se pone a la persona que ha sido absuelta en primera instancia y posteriormente condenada en segunda instancia en una situación de vulneración y a su vez pone en debate la afectación de principios como el de inmediación y también se ven afectados derechos fundamentales que componen la garantía de un debido procedimiento básicamente se afecta el derecho de defensa (Pariona, La Condena del Absuelto, 2018).

5.1.2.Pluralidad de instancias

El derecho a la doble instancia es una garantía del debido proceso cuyo fin persigue que lo dispuesto por el juez a quo, tiene que ser analizado por un tribunal superior, en ese sentido lo que se resuelve tiene que ser objeto de un doble pronunciamiento. No existiendo subordinación o dependencia de

las instancias, ya que todos los jueces son independientes a la función jurisdiccional que realizan (Castro C. , 2017, pág. 125).

5.1.2.1. Constitución Política del Perú

Nuestra constitución consagra en nuestro ordenamiento jurídico un doble pronunciamiento judicial, que se lleva a cabo en todo proceso judicial, salvo algunas excepciones, las cuales están legisladas de manera expresa en nuestra norma sustantiva, así mismo nuestra constitución consagra una serie de derechos fundamentales que todas persona tiene. (Sanchez J. , 2000).

5.1.2.2. Tratados internacionales

Así tenemos en el ordenamiento internacional, principalmente la CADH. (convención americana de derechos humanos) la cual se suscribió en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos más conocida como el Pacto de San José en su artículo 8º, inciso 2), literal h) nos dice: “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” (2000).

5.1.2.3. Tratamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional

El tribunal ha expresado, que el contenido constitucional debe garantizar el no establecimiento y aplicación de acceso a condiciones, que tengan el objetivo de entorpecer o impedir su

ejercicio competencial en asuntos referidos a la interpretación de la Carta Magna. (2016)

5.1.2.4. Nuevo Código Procesal Penal

La pluralidad de instancia está constituida en el artículo 425° del decreto legislativo 957, del cual entendemos el que la sentencia de segunda instancia, esta mencionado como la adición de un nuevo juicio, el cual presenta un determinado plazo, donde se valorara la prueba, no otorgando valor a la prueba personal, salvo cuestionamiento nuevo.

5.1.3. El proceso penal

5.1.3.1. La acción penal

El Doctor Peña Cabrera, nos dice:

Que esta acción penal esta manifestada en el poder que tiene el Estado, determinado por su soberanía interna, así mismo este poder se instituye a través de sus organismos judiciales competentes, los cuales actúan como aparato de persecución Estatal, cuyo fin principal es buscar la paz social, incentivando a la ejecución de la acción de todas las personas, cuyo desenlace es la sanción a la persona que cometió el hecho delictivo. (1998, pág. 63).

5.1.3.2. Principio de inmediación

Este principio, es tal vez unos de los de mayor importancia que tiene el derecho Penal, aplicado de manera obligatoria desde la

instauración del Nuevo Código Procesal, provocando un cambio estructural en dicho proceso, por el cual todas las partes procesales interactúan entre sí, este principio determina el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio mixto, así mismo tiene por objeto hacer que este proceso se lleve con total viabilidad. (2010, pág. 130).

5.1.3.3. Principio de legalidad

Este principio obliga a nuestro aparato judicial, en especial el Ministerio Público, a hacer una percusión de los hechos delictivos, para presentarlos ante el órgano jurisdiccional correspondiente el llevar un proceso para determinar la inocencia o culpabilidad de un imputado. (2017, pág. 32).

5.1.3.4. La debida motivación de sentencias judiciales

Por esta facultad, los magistrados pueden dictar resoluciones en base a un criterio jurídico razonable, los cuales están sustentados en su opinión jurista del derecho, ya que se suponen que ellos conocen todas las leyes aplicables a diferentes casos, así mismo dicha motivación estará detallada de manera expresa en dichos documentos. (2017, pág. 271).

5.1.3.5. Clases de vicios en la motivación de sentencias judiciales

El jurista Arbulu, nos dice que existen 5 vicios los cuales son:

a) Inexistencia de una motivación aparente.

- b) El razonamiento no tiene una motivación sustentada en derecho.
- c) Deficiencia en la motivación externa, no está bien sustentada.
- d) Suficiencia en la motivación.
- e) Existencia de una ocurrente motivación (2017, pág. 272).

5.1.3.6. El principio de congruencia

Por este principio el magistrado no puede dictar sentencia, yendo o refiriéndose más allá de lo que el peticionan te pide, así mismo no puede fundar su decisión distintos hechos, los cuales son sustentados por la partes, obligando a los jueces pronunciarse por todos las controversias que se presentan en el proceso. (Rioja, Blog.puc.edu.pe, 2009).

5.1.3.7. La nulidad de sentencias por falta de motivación

4.3. Nulidad por falta de valoración de los medios probatorios.

La apreciación de la prueba es una facultad que está basada en hechos reales inherentes a un caso en específico, donde el magistrado tiene la libertad de tener convicción en la realización de un análisis propio, los cuales están bajo un criterio objetivo y razonable.

En casos en los que se presente la nulidad, el juez tiene que determinar de manera ordenada cuales han sido sus fundamentos para tomar dicha decisión. Así mismo podrá usar las máximas de experiencia lógica para sustentarlas.

La finalidad que tiene el proceso es de resolver los hechos delictivos materia de investigación, así mismo para su tratamiento el estado aplica su poder punitivo y coercitivo para cumplir con dicho fin. (Casacion N° 1749-2009-Ucayali, 2009).

5.1.4. Derecho al debido proceso

El debido procedimiento, conlleva dentro de sí, un conjunto de derechos y garantías de carácter constitucional, los cuales se pueden aplicar en las distintas etapas de un proceso, i) una acusación, ii) realización de una defensa, iii) actuación y presentación del material probatorio y iv) el dictar una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria, los cuales conllevan a la aplicación de otros derechos conexos. (1994, pág. 925).

5.1.5. El derecho de defensa

5.1.5.1. Los recursos de impugnación

5.1.5.2. El recurso de reposición

Este recurso, no tiene efecto devolutivo así el juez o magistrado que dictara dicha resolución, no tiene grado superior, su fundamento tiene base en la simplicidad, es utilizado como un trámite administrativo, su aplicación tiene vital importancia en el proceso (Neyra, 2010, pág. 382).

5.1.5.3. El recurso de apelación

El recurso de apelación es el medio impugnatorio que tiene mayor importancia, y tiene una amplia libertad de acceso, cuya función es

de hacer efectivo el derecho a impugnar cualquier tipo de resolución. (Neyra, 2010, pág. 283).

5.1.5.4. El recurso de casación

Es un recurso cuya naturaleza es extraordinaria, de acción devolutiva, de competencia exclusiva por parte de la Corte Suprema, ve cuestiones de forma y de vulneración de derechos fundamentales. (Neyra, 2010, pág. 402).

5.1.5.5. El recurso de queja

Tiene un carácter residual, puesto que depende de la admisión o no de una resolución, la cual deviene de la respuesta de un recurso impugnatorio, en cuyo caso tiene que tener carácter negativo. (Neyra, 2010, pág. 400).

5.2. Hipótesis

Dado que la pluralidad de instancias se encuentra consagrada dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que garantiza que las personas que forman parte de un proceso, puedan recurrir ante un órgano jurisdiccional superior al que resolvió, con la finalidad que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.

Si, nuestro ordenamiento jurídico estipula que la sala penal de apelaciones únicamente debe valorar nueva prueba y no otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia,

facultando a la sala que podrá dictar sentencias condenatorias y al no existir un órgano jurisdiccional superior donde recurrir que resuelva el problema de fondo. Es probable que se afecte el derecho de defensa del absuelto condenado.

5.3.Marco metodológico

5.3.1 Variables

Variable independiente: Pluralidad de instancia

Así tenemos que el inicio de la pluralidad de instancias tiene sus orígenes en una decisión adoptada por el cónsul Romano Valerio, conocido como "Publicola" hace aprox. 450 a. c. donde dicha autoridad concedió a todo ciudadano condenado a muerte o a la flagelación, el derecho de apelar ante la Asamblea romana (Geldres, Separata de Derecho Romano, 2000).

Variable dependiente: Derecho de defensa

El derecho de defensa es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. (Moreno, 2010, pág. 17)

5.3.2. Operacionalización de variables

Título: “Análisis de la Pluralidad de Instancia, como afectación al derecho de defensa del Absuelto – Condenado, en las sentencias de vista, Arequipa 2018”.

VARIABLE	DIMENSION	INDICADOR	SUB-INDICADOR
Variable independiente: “pluralidad de instancia”	Constitucional de nivel jerárquico	1. Constitución Política del Perú	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 139 inc. 6
		2. Tratados internacionales	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio Europeo de Derechos humanos • Pacto internacional de Derechos Ciudadanos Políticos de Nueva York
		3. Tratamiento Jurisprudencial del T.C.	<ul style="list-style-type: none"> • Casación 195-2012 Moquegua • Expediente 868-20 • Casación 192-2014 San Martín • Expediente N°
	Legal	4. Nuevo Código Procesal Penal	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 419 C.P.P facultades de la sala penal Superior • Art 425 inc. 3 literal b) Sentencia de Segunda Instancia
Variable dependiente: “derecho de defensa”	Formal sustancial y	5. Garantía del debido proceso	
		6. Derecho a la tutela jurisdiccional	
		7. Principio de Inmediación	
		8. Principio de economía y celeridad procesal	
		9. Motivación de Resoluciones	
		10. Recursos Impugnatorios	<ul style="list-style-type: none"> • Recurso de Reposición • Recurso de Apelación • Recurso de Casación • Recurso de Queja
		11. Control Infra-Jurisprudencial	

5.3.3. Método de estudio

La presente investigación contendrá los siguientes métodos de estudio:

- a) Exegético.- Por cuanto en la presente investigación vamos a realizar el análisis el del inciso 6) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú y los artículos 419º y 425º del Nuevo Código Procesal Penal.
- b) Sistemático.- Porque existe una contraposición de las normas internas con la legislación internacional.
- c) Dogmático.- Vamos hacer uso de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.
- d) Funcional.- Para el desarrollo del presente trabajo de investigación vamos hacer uso de las sentencias que consideran los hechos de las jurisprudencias y la casuística existente.

5.3.4. Tipo de estudio

El tipo de estudio que vamos a desarrollar en el presente trabajo de investigación es el descriptivo, comparativo y propositivo.

6. Plan de actividades y calendario

Nº	MESES ACTIVIDADES	Setiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	Elaboración del proyecto																				
2	Presentación del proyecto																				
3	Aprobación del proyecto																				
4	Sustentación del proyecto																				
5	Procesamiento de la información																				
6	Presentación de los resultados																				
7	Elaboración de conclusiones y sugerencias																				
8	Sustentación de la tesis																				

7. Indicadores de logro de los objetivos

Primera fase	Elaboración del proyecto	% de logro
	• Tema, título y objetivos	12.5 %
	• Fundamentación o justificación del tema	12.5 %
	• Descripción del contenido	12.5 %
	• Plan de actividades y calendario	12.5 %
	• Bibliografía inicial	12.5 %
Segunda fase	Sustentación del proyecto	% de logro
	• Presentación del proyecto	12.5%
	• Aprobación del proyecto	12.5%
	• Sustentación del proyecto ante jurado	12.5%
Total		100%

8. Bibliografía inicial

Constitución Política del Perú (1993).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000).

Código Procesal Penal (2004).

Derecho de Defensa, 0582-2006/PA/TC (Tribunal Constitucional 2006).

Casación N° 1749-2009-Ucayali (2009).

Leiva vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Noviembre de 2009).

Expediente N° 1684-2014-80 (Corte Superior de Justicia de la Libertad 2014).

Arbulu, V. (2017). *El Proceso Penal en la Práctica & Manual del Abogado Litigante*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Castro, C. (2017). *Derecho Procesal Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Geldres, J. (2000). *Separata de Derecho Romano*. Lima.

Moreno, V. (2010). Sobre el Derecho de Defensa, Teoría & Derecho del Pensamiento Jurídico. *Revista del pensamiento Jurídico*, 17.

Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa.

Pariona, R. (2018). La Condena del Absuelto. *Legis*, 1-4.

Peña, A. (1998). *Derecho Penal Parte general*. Madrid: Real .

Rioja, A. (2009). *Blog.puc.edu.pe*. Recuperado el 18 de 2018 de 2018, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/11/23/el-principio-de-congruencia-procesal/>

Roxin, C. (2004). *Problemas Fundamentales de Derecho*. Vega.

Salas, J. (2011). *Reformatio in Peius Cualitativa*. Lima: Idemsa.

Sanchez, J. (2000). *El Proceso Penal*. Lima: Idemsa.

Segado, F. (1994). *La Configuración Jurisprudencial del derecho*. Madrid: RGD.

Anexos

ANEXO N° 1

Matriz de Consistencia

Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Metodología
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Por qué la pluralidad de instancia afecta el derecho de defensa del absuelto-condenado, en las sentencias de vista?</p> <p>PROBLEMAS ESPECIFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué efectos producen la pluralidad de instancia cuando se contraponen la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Penal, los Tratados Internacionales y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación a la condena del absuelto? • ¿Por qué el derecho de defensa de manera específica, se ve afectado en ponderación a otros principios y derechos de un proceso judicial? 	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Analizar la pluralidad de instancia, cuando se afecta el derecho de defensa del absuelto-condenado, en las sentencias de vista.</p> <p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificar los efectos de la pluralidad de instancia que se da en la aplicación, de la norma constitucional, Código Procesal Penal, Tratados Internacionales y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación a la condena del absuelto. • Analizar el derecho de defensa y su afectación en relación a otros principios y derechos que afectan al absuelto-condenado. 		<p>Variable independiente:</p> <p style="text-align: center;">“Pluralidad de instancia”</p> <p>I. Dimensión Constitucional</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política del Perú • Tratados Internacionales • Tratamiento Jurisprudencial del T.C. <p>II. Dimensión Legal</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nuevo Código Procesal Penal • Proceso Penal <hr/> <p>Variable dependiente:</p> <p style="text-align: center;">“Derecho de Defensa”</p> <p>I. Dimensión Formal y Sustantiva</p> <ul style="list-style-type: none"> • Garantía del Debido Proceso • Derecho a la tutela jurisdiccional • Principio de Inmediación • Principio de economía y celeridad procesal • Motivación de Resoluciones • Recursos Impugnatorios • Control Infra-jurisprudencial 	<p>Investigación jurídica empírica.</p>

GLOSARIO

- 1) **Absuelto-condenado:** Es el sujeto al cual se le ha impuesto una sentencia condenatoria en la sala superior. Habiéndolo absuelto en la instancia inferior en otras apalabras primera sentencia, privándole así la posibilidad de que este se defienda (Torres, 2018).

- 2) **A quo:** Expresión procedente del latín, utilizada en Derecho para definir el principio de un período de tiempo, de un proceso o acto procesal. La expresión está compuesta por la proposición “A” sumada al ablativo del pronombre relativo “quo”, por lo tanto la interpretación de la expresión latina “iudex” a “quo” podría traducirse como el Juez o Tribunal contra cuya sentencia o resolución se interpone un recurso (Zona Obligaciones y Derecho, 2017).

- 3) **A quem:** En el derecho procesal la expresión se utiliza comúnmente en el lenguaje forense, para indicar el juez o tribunal de alzada, ante quien se interpone un recurso, de la resolución dictada por un juez inferior y distinto (a quo) (Enciclopedia Juridica, 2014).

- 4) CIDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Tiene su sede en Washington D. C., Estados Unidos. El otro organismo del sistema es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA, Más derechos para más gente, 2015).
- 5) Doble instancia:** La doble instancia o pluralidad es una garantía del debido proceso cuyo fin es que lo dispuesto por el juez “A QUO” tiene que ser revisado por una instancia u órgano superior, en ese sentido lo que se resuelve tiene que ser objeto de un doble pronunciamiento. No existiendo subordinación o dependencia de las instancias, ya que todos los jueces son independientes a la función jurisdiccional que realizan (Enciclopedia Jurídica, 2014).
- 6) Garantía Procesal:** Son las formas y modos de cumplimiento con todos los principios que brindan seguridad jurídica, estableciendo una igualdad de la ley, asegurando el debido proceso y así evitar que el Estado no vulnere derechos fundamentales de los ciudadanos (La Guía, 2000).
- 7) PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (OEA, Más derechos para más gente, 2015).
- 8) Sentencia de Vista:** Es aquella sentencia que confirma o revoca en todo o en parte la primera instancia de un proceso judicial, la cual es dictada por 3 magistrados, siendo la última sentencia de la etapa ordinaria (Gonzales, 2010).

BIBLIOGRAFÍA

- Arbulu, V. (2015). *La condena del absuelto y la doctrina Jurisprudencial*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Arbulu, V. (2017). *El Proceso Penal en la Practica & Manual del Abogado Litigante*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Artículo 8.2h (Convencion Americana de Derechos Humanos).
- Baytelman, A. (2000). *Principios Generales del Proceso*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Calamandrei, P. (2000). *La Casacion Civil*. Mexico: Oxford University Press.
- Canelo, R. V. (2006). *La Celeridad Procesal, nuevos desafios*. Revista Iberoamericana.
- Cardenas, M. (2004). *Refotmatio in peius*. Cajamarca: Revista electronica.
- Carocca, A. (2004). *El nuevo Sistema Procesal Penal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Castillo, A. (2006). *Argumentacion y resolucio n de motivaciones*. Lima: Ara Editores.
- Castro, C. (2017). *Derecho Procesal Peruano*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Castro, S. (2016). *Derecho Procesal penal - Tomo II*. Lima: Grijley.

- Cavero, J. (2015). *La Casacion en el nuevo Modelo Procesal Penal*. Lima: Editorial Sac.
- Claria, J. (1983). *Derecho Procesal, Tomo I*. Buenos Aires: Depalma.
- Claria, J. (2004). *Dercho Procesal Penal*. Tucuman: Rubinzal.
- Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Dapalma.
- Cruz, R. (14 de 02 de 2018). *Diario el Comercio* . Recuperado el 23 de 11 de 2018, de <https://elcomercio.pe/politica/cinco-preguntas-claves-corte-idh-competencias-noticia-496989>
- El tiempo casa editorial, C. (15 de Febrero de 2007). Obtenido de <http://www.portafolio.co/economia/las-cinco-noticias-del-dia-en-portafolio-co-miercoles-19-de-septiembre-de-2018-521332>>.
- Espinola, E. (2001). *Debido proceso en procedimientos administrativos*. Trujillo: Normas.
- Franciskovic, I., & Torres, B. (2010). *Tercera Instancia*. Madrid: Editorial La Valle
- Fundamento Juridico 3 (STC N-3261-2005-PA/TC).
- Geldres, J. (2000). *Separata de Derecho Romano*. Lima.
- Geldres, J. (2000). *Separata de Derecho Romano I*. Lima.
- Gimeno, V. (2007). *Derecho Procesal penal*. Madrid: Colex.
- Hernandez, M. (1994). *El principio de igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional de España*. Madrid.
- Humanos, C. I. (2000).
- Ica, E. N.-2. (2004). Caso: Mario fernando Ramos.
- Jaen, M. (2010). *Los Principios de la Prueba en el proceso Penal Español*.
- Jimenez, A. (1996). *Principios Procesales del Derecho*.
- Jimenez, S., & Vargas, R. (2018). Doble conformidad y seguridad juridica. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal penal*. Buenos Aires: El Puerto.
- Marcelo, L. (1995). *La garantía Procesal del Debido proceso*. Cuzco: Editores Peru.

- Mixan, M. (2006). *Como prepararse para el Nuevo Código Procesal Penal*. Trujillo: Ediciones Trujillo.
- Monroy, J. (1994). *Medios impugnatorios*. Arequipa: Iura et veritas.
- Moreno, V. (2010). Sobre el Derecho de Defensa "Teoría & Derecho. *Revista de Pensamiento Jurídico*, 17.
- Moreno, V. (2010). Sobre el Derecho de Defensa, Teoría & Derecho del Pensamiento Jurídico. *Revista del pensamiento Jurídico*, 17.
- Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa.
- Núñez, F. (2013). *La Condena del imputado absuelto en instancia única*. Lima
- Oliva, S. (1997). *El Derecho a los Recursos*. Revista tribunal de justicia.
- Ore, A. (2008). Obtenido de http://incipp.org.pe/archivos/publicaciones/incipp_condena_del_absuelto.pdf
- Pacto Internacional de derechos Civiles y Politicos de Nueva York, Art. 14 Inc. 5.
- Pallares, E. (2010). *Diccionario de Derecho procesal*. Mexico: Porrúa.
- Pariona, R. (2018). La Condena Del Absuelto. *Legis.pe*, 1-4.
- Pastor, V. La Casacion. *La Casacion en el Sistema Penal Peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Peña, A. (1998). *Derecho Penal Parte general*. Madrid: Real .
- Peña, F. (2007). *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal* . Lima: Rodhas Sac.
- Peña, F. (2009). *Nuevo Código Procesal Penal*. Rodhas.
- Pico, J. (2010). *Garantías Constitucionales del proceso*. Madrid: Reales
- Priori, G. (2003). Reflexiones en torno al Doble Grado de Jurisdicción. *Advocatus*.
- Quiroga, A., & y otros. (2011). *Proceso y Constitución* . Lima: Ara Editores.
- Reposicion, art. 362.

- Rioja, A. (2009). *Blog.puc.edu.pe*. Recuperado el 18 de 2018 de 2018, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/11/23/el-principio-de-congruencia-procesal/>
- Rioja, A. (2009). *Blog.puc.edu.pe*. Recuperado el 18 de Noviembre de 2018, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/11/23/el-principio-de-congruencia-procesal/>
- Roxin, C. (2004). *Problemas Fundamentales de Derecho*. Vega. Roma
- Salas, J. (2011). *Condena al Absuelto-Reformatio in Peius Cualitativa*. Lima: IDEMSA.
- Salazar, G. (2015). La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal. *Revista Ratio Juris*, 139-164.
- Sanchez, J. (2000). *El Proceso Penal*. Lima: Idemsa.
- Sanchez, P. (2006). *Introducción al Nuevo Proceso penal*. Lima: Idemsa.
- Sanchez, P. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa.
- Segado, F. (1994). *La Configuración Jurisprudencial del derecho*. Madrid: RGD.
- Silva, C. (2010). *La Prohibición de la reforma en Peor en el Proceso Civil Peruano*. Lima: Academia Nacional de la Magistratura.
- Vargas, R. (2012). *La Condena del Absuelto en el CPP y sus implicancias en el Ordenamiento Jurídico*. Lima: Idemsa.
- Vescovi, E. (1988). *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma.
- Villar, T. (2017). *Casación 722-2014, tumbes: Condena al absuelto*.
- Yepez, M. (2014). Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/garantia-del-doble-conforme>
21737 (Corte Suprema).
- Art. 11, inc. 1 (Declaración Universal de Derechos Humanos 1948).
- Constitución Política del Perú. (1993).

Constitución Política del Perú, artículo 139º inc. 3. (1993).

Nº1918-2002-HC/TC (2002).

Código Procesal Penal. (2004).

Derecho de Defensa, 0582-2006/PA/TC (Tribunal Constitucional 2006).

Casación Nº 1749-2009-Ucayali (2009).

Leiva vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Noviembre de 2009).

Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. (2010).

Condena del absuelto, 2491-2010 (Sala de Derecho Constitucional 14 de Setiembre de 2010).

Lecciones aprendidas. (2010).

La Condena del Absuelto, 195-2012, Moquegua (Corte Suprema 5 de Setiembre de 2012).

Expediente Nº 1684-2014-80 (Corte Superior de Justicia de la Libertad 2014).

La Condena del Absuelto, 545-2014-Arequipa (Corte Suprema 20 de Noviembre de 2014).

Código Procesal penal. (2015). Lima: Jurista Editores.

Condena del absuelto, 385-2013- San Martín (Corte Suprema 05 de Octubre de 2015).

La Condena del Absuelto, 194-2014-Ancash (Corte Suprema 27 de Mayo de 2015).

La Condena del Absuelto, 542-2014-Tacna (Corte Suprema 14 de Noviembre de 2015).

Valoración de hecho de la pretensión impugnatoria de revocatoria a nulidad no tiene sentido legal, 5864-2015-34 (Corte Suprema 2015).

Recurso de Casación , 1379-2017/NACIONAL (Corte Suprema 28 de Agosto de 2018).

