



**FACULTAD DE HUMANIDADES**  
**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

“LA CONDENA DEL ABSUELTO Y SU REFORMULACIÓN A PARTIR  
DEL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL”

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE**  
LICENCIADA EN DERECHO

**AUTOR**

LUZ RAQUEL NUÑUVERO VARGAS

**ASESOR**

DR. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

**LIMA, PERÚ, JULIO DEL 2018**

## **DEDICATORIA**

A Duani, mi padre, *in memoriam*.

A mi madre Raquel, por su amor,  
paciencia y fortaleza.

A mis hermanos, Abraham y Jharlyn, por  
su apoyo y cariño.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a todas aquellas personas que hicieron posible la elaboración de la presente investigación, por sus aportes, consejos y asesoramiento constante, especialmente a Jorge Pérez López, Catedrático de la Universidad Autónoma del Perú, por su aliento y motivación.

## RESUMEN

El nuevo Código Procesal introduce la condena del absuelto, de su aplicación se hace posible que un imputado absuelto por el juez de primera instancia puede ser condenado en segunda instancia al resolver el recurso de apelación. Esto ha generado cuestionamientos por parte de la doctrina, ya que colisiona con el derecho a la instancia plural, y otros similares.

Por la presente tesis, mediante un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, reforzado con la aplicación de un cuestionario a bachilleres, abogados, jueces, fiscales y catedráticos universitarios que aplican en su vida laboral esta figura, buscaremos determinar si efectivamente la condena del absuelto, genera algún tipo de afectación procesal a la persona sentenciada por primera vez en segunda instancia. Tomando en consideración las diversas vertientes dogmáticas establecidas por diferentes autores. Entonces, como parte del análisis se tomará en cuenta diferentes instrumentos internacionales y resoluciones de tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los órganos jurisdiccionales nacionales como nuestro Tribunal Constitucional y, la Corte Suprema de Justicia de la República, los que han generado cuestionamientos por sus variados pronunciamientos.

Producto de la investigación se determina que su aplicación si causa lesión, y además, que las soluciones planteadas por la jurisprudencia nos son suficientes por lo que se recomendara una modificación a la norma penal, planteándose un proyecto de ley que nos permita de manera excepcional, una nueva evaluación, amparado en la protección del derecho a la instancia plural

**Palabras clave:** Condena del absuelto, principio de instancia plural, *reformatio in peius*.

## **ABSTRACT**

The new Procedural Code introduces the conviction of the acquitted, from its application it is possible that an accused acquitted by the judge of first instance can be convicted in the second instance when deciding the appeal. This has generated questions on the part of the doctrine, since it collides with the right to the plural instance, and similar ones.

For the present thesis, through a normative, doctrinal and jurisprudential analysis, reinforced with the application of a questionnaire to high school graduates, lawyers, judges, prosecutors and university professors who apply this figure in their working life, we will seek to determine whether or not the conviction of the acquitted, It generates some type of procedural affectation to the person sentenced for the first time in second instance. Taking into consideration the various dogmatic aspects established by different authors. Then, as part of the analysis will be taken into account different international instruments and resolutions of courts such as the Inter-American Court of Human Rights, as well as national courts such as our Constitutional Court and the Supreme Court of Justice of the Republic, which have generated questions about its various pronouncements.

Product of the investigation is determined that its application if it causes injury, and also, that the solutions raised by the jurisprudence are sufficient for us to recommend a modification to the criminal law, considering a bill that allows us exceptionally, a new evaluation, protected in the protection of the right to the plural instance

**KEY WORDS:** Conviction of the acquitted, plural instance principle, *reformatio in peius*.

# ÍNDICE DE CONTENIDO

**DEDICATORIA**

**AGRADECIMIENTOS**

**RESUMEN**

**ABSTRACT**

**INTRODUCCIÓN**

## **CAPÍTULO I: PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1.	Realidad problemática .....	02
1.2.	Formulación del problema .....	04
1.2.1.	Problema General .....	04
1.2.2.	Problemas Específicos .....	04
1.3.	Objetivos de la investigación .....	04
1.3.1.	Objetivo General .....	04
1.3.2.	Objetivos Específicos .....	04
1.4.	Justificación e Importancia de la Investigación.....	05
1.4.1.	Justificación Teórica.....	05
1.4.2.	Justificación Metodológica .....	05
1.4.3.	Justificación Practica .....	06
1.5.	Limitaciones de la investigación.....	06
1.5.1.	Limitación Temporal .....	06
1.5.2.	Limitación Económica .....	07
1.5.3.	Limitación Bibliográfica.....	07

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

2.1.	Antecedentes de estudios .....	09
------	--------------------------------	----

2.1.1. Antecedentes Internacionales .....	09
2.1.2. Antecedentes Nacionales .....	10
2.2. Bases Teóricas – Científicas .....	12
2.2.1. La Condena del Absuelto.....	12
2.2.1.1. Normas: Regulación de la Condena del absuelto.....	12
2.2.1.1.1. Normas Nacionales que regulan la condena del absuelto.....	12
2.2.1.1.2. La Condena del Absuelto en el Derecho Comparado.....	14
2.2.1.1.3. La Condena del Absuelto en el Derecho Internacional .....	18
2.2.1.2. Definición de la Condena del Absuelto .....	26
2.2.1.3. Posiciones Doctrinarias Peruanas.....	28
2.2.1.3.1. El recurso de Casación como aparente solución del problema.....	33
2.2.1.3.2. La Nulidad como solución al problema .....	35
2.2.1.4. Posiciones Jurisprudenciales Nacionales de la Condena del Absuelto ...	37
a) Consulta N° 2491-2010 .....	37
b) Casación N° 195-2012-Moquegua .....	43
c) Casación N° 499-2014-Arequipa .....	46
2.2.1.4.1. El debate en segunda instancia no puede sustituir al debate en juicio oral.....	51
2.2.2. Derecho a la Instancia Plural .....	54
2.2.2.1. La Instancia Plural. Derecho a un recurso amplio y eficaz .....	54
2.2.2.1.1. Principios y Garantías vulneradas por la aplicación de la condena del absuelto.....	62
2.2.2.1.2. La Condena del Absuelto y la <i>Reformatio In peius</i> en la Instancia Plural .....	63
2.2.2.1.3. La actividad probatoria en la Condena del Absuelto en cada instancia..	68

2.2.2.1.4. La proscripción del doble juzgamiento del mismo hecho .....	70
2.3. Comparativo: Norma, Doctrina y Jurisprudencia aplicado a la Condena del Absuelto .....	73

### **CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO**

3.1. Tipo y diseño de la investigación.....	76
3.2. Población y muestra.....	77
3.3. Hipótesis.....	78
3.3.1. Hipótesis General.....	78
3.3.1.1. Hipótesis Específicas .....	78
3.4. Variables – Operacionalización .....	79
3.4.1. Tipo de Variable .....	79
3.4.2. Operacionalización de Variable .....	79
3.5. Método de Investigación .....	82
3.6. Técnicas e Instrumentos de Investigación .....	82
3.6.1. Validez y Confiabilidad de los Instrumentos.....	82
3.6.2. Cuadro de Validación del Instrumento .....	83
3.7. Procedimientos de estadística de datos .....	87
3.7.1. Procesamiento de Datos .....	87
3.7.2. Análisis de Datos .....	87

### **CAPÍTULO IV. RESULTADOS**

4.1. Resultados obtenidos en la presunta investigación.....	89
4.2. Discusión de Resultados .....	109
4.2.1. Resultado Posiciones Doctrinarias .....	109
4.2.2. Resultado Antecedentes .....	109
4.2.3. Resultado Norma .....	110
4.2.4. Resultado Jurisprudencia .....	110



## **CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

CONCLUSIONES ..... 112

RECOMENDACIONES ..... 113

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Triangulación de Posiciones Doctrinarias .....	32
Tabla 2: Triangulación de Norma, Doctrina y Jurisprudencia .....	74
Tabla 3: Muestra de Población encuestada.....	78
Tabla 4: Operacionalización de Variable .....	79
Tabla 5: Cuadro de Validación del Instrumento .....	83

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Resultado - Pregunta N° 1 .....	89
Figura 2. Resultado - Pregunta N° 2 .....	90
Figura 3. Resultado - Pregunta N° 3 .....	91
Figura 4. Resultado - Pregunta N° 4 .....	92
Figura 5. Resultado - Pregunta N° 5 .....	93
Figura 6. Resultado - Pregunta N° 6 .....	94
Figura 7. Resultado - Pregunta N° 7 .....	95
Figura 8. Resultado - Pregunta N° 8 .....	96
Figura 9. Resultado - Pregunta N° 9 .....	97
Figura 10. Resultado - Pregunta N° 10 .....	98
Figura 11. Resultado - Pregunta N° 11 .....	99
Figura 12. Resultado - Pregunta N° 12 .....	100
Figura 13. Resultado - Pregunta N° 13 .....	101
Figura 14. Resultado - Pregunta N° 14 .....	102
Figura 15. Resultado - Pregunta N° 15 .....	103
Figura 16. Resultado - Pregunta N° 16 .....	104
Figura 17. Resultado - Pregunta N° 17 .....	105
Figura 18. Resultado - Pregunta N° 18 .....	106
Figura 19. Resultado - Pregunta N° 19 .....	107
Figura 20. Resultado - Pregunta N° 20 .....	108

## INTRODUCCIÓN

Una de las figuras previstas de manera novísima en el Código Procesal Penal de 2004 (CPP, en adelante) que ha generado mayor problemática y división tanto de opiniones como de jurisprudencias es la norma que contiene la llamada “condena del absuelto”, pues los fundamentos y consecuencias de su adopción o no implica una serie de argumentos disímiles en cuanto al sistema acusatorio moderno adoptado por nuestra ley adjetiva.

Esta figura en estudio implica la probabilidad de emitir condena a un acusado luego de su absolución por el *Aquo*, (es decir el juez de primera instancia resuelve absolviéndolo), y vía recurso impugnatorio de apelación formulado por la Fiscalía nuestra normal adjetiva del año 2004 permite que se revoque totalmente el sentido de ese primera fallo, en consecuencia la nueva resolución del colegiado *ad quem* puede resolver condenándolo en segunda instancia-. En tal sentido, se encuentra entre las facultades decisorias de este colegiado *Ad quem*, la posibilidad de revocar de forma total la sentencia emitida por el *Aquo* frente a un caso de fondo que este debe resolver.

En algunos sistemas como el procesal norteamericano se establece el reproche de *double jeopardy*, que significa la prohibición de doble riesgo; es decir se prohíbe la posibilidad de correr el riesgo de ser condenado de manera posterior a la resolución de una sentencia absolutoria emitida por el juez o *Aquo*. Es decir, emitida la sentencia de primera instancia la misma que haya puesto fin al proceso respecto de la culpabilidad del procesado, se entiende que ha existido en esta instancia riesgo de condena; en consecuencia al establecer la posibilidad de un recurso impugnatorio que permita la reforma completa de la sentencia en peor (que habiéndose declarado inocente, ahora se pueda declarar culpable en segunda instancia), existe prohibición de correr dos veces este riesgo de condena.

Esta prohibición constituiría una forma de interdicción de una persecución múltiple en el ámbito penal (denominado *non bis in ídem*). Esta garantía se presenta en el sistema norteamericano como una proscripción de establecer para el inculpado un peligro de una múltiple sanción penal, que debe ser complementada por otras garantías del proceso en el juzgamiento ante jurados (o jueces), así como la idea del recurso del procesado contra la sanción como un principio del proceso. Todo ello limita a otorgar al persecutor de la acción penal (en nuestro caso el Ministerio Público) más de una posibilidad para perseguir al procesado y obtener su sanción penal.

Esta situación implicaría una negación de la impugnación con el objetivo de obtener un nuevo riesgo de condena, por ser injusto, el mismo que sería presentado vía impugnación mediante apelación, en sentido de revocar el primer fallo. Por ello es que en países como Estados Unidos, el único sujeto procesal a quien se le otorga interés legítimo para interponer un recurso impugnatorio a una sentencia es el acusado y actual condenado, el representante del Ministerio Público, o persecutor de la acción penal no lo puede hacer,

Nuestra legislación ha hecho posible la aplicación de esta institución con la implementación del NCPP, sin embargo, cabe discusión respecto de si su implementación generaría lesión de derechos dentro del proceso como es el caso del *derecho de acceso a la instancia plural*. En virtud de ello se han desarrollado diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales nacionales e internacionales, que sin llegar a una posición homogénea, buscan su aplicación sin que exista lesión de derechos. Esto demuestra que la figura en estudio establece uno de los temas más problemáticos del Derecho Procesal Penal, en el que todavía no existe un acuerdo uniforme respecto a su tratamiento de acuerdo a nuestro código adjetivo, ella es la premisa de la que he partido para realizar el estudio de una figura jurídica tan cuestionada.

La presente tesis está conformada por los siguientes capítulos:

En el capítulo I, realizo el planteamiento del problema, así como los objetivos, la justificación y las limitaciones.

En el capítulo II, abordo el marco teórico y los antecedentes de la figura jurídica de la condena del absuelto, sus teorías generales, sus bases teóricas especializadas y las hipótesis de la tesis.

En el capítulo III me refiero al método tipo de investigación, diseño de la investigación, variables, población, muestra, técnicas de la investigación y sus instrumentos de recolección de datos.

En el capítulo IV procedo a presentar los resultados, la contrastación de las hipótesis, el análisis e interpretación de la tesis.

En el último capítulo V, propongo la discusión, conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas; asimismo los anexos correspondientes.

**CAPÍTULO I:**  
**PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

## 1.1. Realidad problemática

Una de las novedades que introduce el CPP, por medio de sus artículos 419°.2 y 425°.3.b, es la condena del absuelto, que permite que en el proceso común se pueda revocar una absolución de primera instancia, con la finalidad de que en sede de segunda instancia, pueda ser reformada por una sentencia condenatoria.

En efecto, en el antecedente de la norma mencionada en el párrafo anterior, el artículo 301° del Código de Procedimientos Penales de 1940, se señala: “*Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito (es decir que es imposible la persecución penal por el paso del tiempo) o que el reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, se hace posible entonces anular dicha sentencia y en consecuencia absolver al condenado, aun cuando este no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones. Asimismo establece que la Suprema Corte en caso de sentencia absolutoria sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral*”; esto quiere decir que se negaba la aplicación de la condena del absuelto a la Sala Penal Superior en primera instancia.

Respecto de la incorporación de la condena del absuelto, es importante decir que dentro de lo regulado para el recurso de apelación, imposibilita que el absuelto por el *Aquo*, que de manera posterior obtiene sentencia condenatoria por el *Ad quem* tenga la garantía de presentar un recurso amplio y eficaz contra la sentencia emitida por el colegiado *Ad quem*; vulnerándose el derecho o garantía de instancia plural regulado de manera literal por el título preliminar del CPP, al señalar que: “las sentencias o autos (decisiones de los jueces) que ponen fin a la instancia, tienen la posibilidad y son susceptibles de apelación” (Vargas, 2015,43-44)

En la segunda instancia se producirá por primera vez una condena, entonces surgiría una dificultad que iría más allá, pues consistiría en un problema constitucional, afectándose a los derechos humanos incluso, pues la condena que fue producto de un juzgamiento con nueva actuación de las pruebas, no podría ser reñida en otra instancia de mérito, la que además es diferente. (Salas, 2011, p.20)

En ese orden de ideas, el problema de la condena del absuelto sería explicar si esta institución legal cuenta con legitimación constitucional y respeta el derecho materia de

análisis a la instancia plural, garantía debidamente consagrada en la carta magna, y si además cumple con las regulaciones sobre el derecho a un recurso amplio e integral realizadas por los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. (Vargas, 2015, p.43)

Podemos señalar que la condena del absuelto pretende alcanzar dos cosas: en primer lugar, brindar una mejor protección a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que ella no solo contiene el derecho de los agraviados a acceder a la administración de justicia, sino también que estos tengan una respuesta y solución oportuna a la satisfacción y tutela de sus derechos e intereses; y en segundo lugar, efectivizar el principio de economía y celeridad procesal, pues esta finalidad (obviamente) será muy difícil de lograr si siempre tendríamos que recurrir a la nulidad, y con ello al reenvío de la causa penal, lo que conllevaría a la postergación de la reparación adecuada y oportuna de los derechos de los agraviados de un ilícito penal. Por ello, la situación se torna problemática si es que no existe algún mecanismo procesal que permita remediar los efectos perjudiciales de la condena del absuelto. (Vargas, 2015,43-44)

Así mismo, pretendemos determinar si la discusión en segunda instancia podría o no sustituir a la realizada en el juzgamiento, ya que el artículo 424° del CPP (audiencia de impugnación por apelación) señala que: “... *En la audiencia de impugnación por recurso de apelación se tendrán en cuenta, en cuanto sean pertinentes y aplicables, las normas referentes al juicio del Aquo*”. Lo señalado nos lleva a inferir que no solo habrá juicio oral en primera instancia para determinar el reproche penal de los acusados, sino que también el superior jerárquico contará con un juicio para poder revisar la sentencia de primera instancia. Sin embargo, del texto del referido artículo se aprecia que no todas las normas del juicio de primera instancia podrían ser aplicadas sino sólo aquellas en cuanto sean pertinentes; lo que nos lleva desde ya, a obtener una primera conclusión: el juicio en segunda instancia, es un juicio limitado, y de ahí, surgiría la problemática respecto de la admisión, actuación y valoración de los medios probatorios en el juicio del *Ad quem* resultado de la apelación (Vargas, 2015, 44-45).



## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema general**

¿Afecta la figura de la condena del absuelto a la pluralidad de instancias en la legislación penal peruana?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a) ¿Afecta la condena del absuelto el derecho a la pluralidad de instancias en la legislación peruana, respecto de la aplicación del precedente Mohamed vs Argentina establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH)?
- b) ¿Afecta la condena del absuelto la garantía de instancia plural en la legislación peruana, respecto de la aplicación del precedente establecido mediante ejecutoria por la Corte Suprema de Justicia?

## **1.3. Objetivos de la investigación**

### **1.3.1. Objetivo general**

Establecer si la condena del absuelto vulnera la garantía de la instancia plural en la legislación peruana.

### **1.3.2. Objetivos específicos**

- a) Determinar si la condena del absuelto vulnera la garantía a la instancia plural en la legislación peruana respecto de la aplicación del precedente determinado por la CIDH.
- b) Comprobar si la condena del absuelto afecta la garantía de la pluralidad de instancias en la legislación peruana respecto de la aplicación del precedente establecido por la Corte Suprema.

## **1.4. Justificación e importancia de la investigación**

### **1.4.1. Justificación teórica**

Se puede llamar justificación teórica cuando la investigación realizada tiene como finalidad el análisis epistemológico de una situación actual a efectos de dar solución al problema existente a través de la confrontación de las teorías planteadas y/o llenar algún vacío de conocimiento. Determinar que la información consignada es útil para la revisión, desarrollo y apoyo de una teoría (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

La justificación de investigar la condena del absuelto atribuida a la Sala Penal de apelaciones se da en el sentido de responder, si la aplicación de esta institución procesal incorporada en el año 2004 con el NCPP de nuestro país, afectaría la garantía de pluralidad de instancias, en el sentido de que no se garantizaría de ninguna manera una revisión a la sentencia emitida por la segunda instancia que condenaría por primera vez al procesado. Dentro de este contexto responder también sobre la aplicación de las soluciones planteadas tanto por el organismo internacional de la CIDH y la Corte Suprema de nuestro país respecto de su viabilidad e incorporación.

La figura jurídica de la condenada del absuelto con su aplicación en el sistema procesal penal peruano está generando mucha controversia doctrinaria y jurisprudencial, por lo que la presente investigación plantea una solución a esa problemática.

### **1.4.2. Justificación metodológica**

La justificación metodológica está en el hecho de que la investigación que se ha realizado ayuda a crear un nuevo instrumento para recolectar datos, contribuye en la formación de conceptos, variables y, además, apunta a un desarrollo adecuado de la población y muestra (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Esta investigación se justifica en el aspecto metodológico, con la aplicación de los siguientes instrumentos: cuestionarios y matriz de análisis de contenido, los cuales nos sirvieron para recolectar o analizar datos referentes al tema materia de análisis, coadyudando en este sentido a la formación de conceptos y posiciones del mismo.

Así mismo se recurrió a la técnica documental a través del fichaje y la estadística. Mediante la aplicación del cuestionario, se lograra conocer los hechos y sus alcances en la realidad jurídica que nos ocupa, entre otros.

El presente trabajo fue factible porque se contó con la bibliografía adecuada y se analizó para ello los fallos de la Corte Suprema de nuestro país, así como de la CIDH.

### **1.4.3. Justificación práctica**

Podemos indicar que un trabajo de investigación contiene una justificación práctica, cuando su proceso impulsa a resolver determinados problemas o, cuando ayuda a proponer diferentes maniobras que aplicándose contribuyan a resolver los mismos (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Este trabajo de investigación ha sido relevante en el aspecto práctico, porque han permitido obtenerse soluciones concretas al dilema de la aplicación de la condena del absuelto en el sistema procesal peruano, de tal modo que resulten beneficiados, no solo los imputados y víctimas, al conocerse de qué manera se puede aplicar esta figura jurídica, sino también los fiscales y jueces, en tanto que se evitarían vulneraciones las bases normativas de la administración de justicia, a la vez que se evitaría la dilación de determinados procesos que sobrecarguen a la administración de justicia.

## **1.5. Limitaciones de la investigación**

### **1.5.1. Limitación temporal**

El presente trabajo de investigación se ha realizado en un tiempo extenso, toda vez que se ha tenido que ejecutar una labor previa de recolección de doctrina y jurisprudencias tanto nacionales como internacionales en los que se estudie la condena del absuelto. Por lo que una limitación temporal ha sido la falta de tiempo para recolectar y ordenar los datos relacionados al tema materia de análisis para hacer efectiva la investigación.

### **1.5.2. Limitación económica**

En la presente investigación existieron limitaciones financieras, pues existió para su desarrollo un financiamiento externo, sino que solamente se hizo efectiva con recursos económicos propios del bachiller.

### **1.5.3. Limitación bibliográfica**

En la presente investigación existieron limitaciones bibliográficas, por la poca información existente en los libros de Derecho Procesal Penal respecto a la condena del absuelto, desde un aspecto dogmático jurídico, pues en otros prospectos dogmáticos desarrollados se explica sólo en qué consiste esta figura jurídica.

**CAPÍTULO II:**  
**MARCO TEORÍA**

## 2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIOS

### 2.1.1. Antecedentes internacionales

- 1) Ortiz, V. S. (2008) *El sistema de garantías en el proceso penal*, La Pampa: Universidad nacional de la Pampa (trabajo de investigación).

Este trabajo de investigación se encarga de analizar y explicar el principio de instancia plural, que fuera ingresado a la norma sustantiva argentina a través de la relación de los artículos 8º, apartado 2º, inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención), 14º, inciso 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP); y también la obligatoriedad de los tratados internacionales incorporada a la Constitución argentina mediante el artículo 75º inciso 22.

- 2) Barra Wiren, B. M. (2010) *Eficiencia y legitimidad del procedimiento abreviado desde el punto de vista de la práctica punitiva del Estado*, Santiago: Universidad de Chile (tesis)

Este trabajo de investigación realiza un estudio del proceso penal abreviado chileno y las características del mismo, basándose en el respecto de los principios y garantías procesales, particularmente del debido proceso.

- 3) Miranda Hurtado, J. P. (2010) *La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense. Consideraciones y recomendaciones*, San José: Universidad de Costa Rica (tesis)

Este trabajo de investigación realiza un estudio crítico de un problema observado en las casaciones realizadas en Costa Rica, determinándose los principios, garantías y derechos procesales afectados por los órganos jurisdiccionales de ese país.

- 4) Bernengo Pellejero, N. C. (2015). *La revisión de la sentencia firme en el proceso penal*. Barcelona: Universitat de Barcelona (tesis doctoral)

La presente investigación concluye que el examen de la sentencia firme en el proceso penal representa uno de los institutos procesales que posiblemente mejor refleja la idea de justicia, pues a través de esta se busca dar solución a los casos en los que, pese a existir sentencia firme, se demuestra la existencia de un error judicial.

- 5) Montero Castro, K.V. (2008) *Violación al debido proceso como causal del procedimiento de revisión penal: Reflexiones acerca de su procedencia*, San José: Universidad de Costa Rica (tesis).

En este trabajo de investigación se realiza el estudio del debido proceso y su importancia en la revisión penal, con la finalidad de verificar una legitimidad de la sentencia expedida por el juez. De acuerdo a la norma suprema (constitución política) y los instrumentos internacionales aplicables, teniendo en consideración diferentes principios procesales penales.

### **2.1.2. Antecedentes nacionales**

- 6) Espinola Otiniano, D. O. (2015) *Efectos de la condena del absuelto en aplicación de los arts. 419 inc. 2 y 425 inc. 3 literal B del Código Procesal Penal del 2004*. Trujillo: Universidad Antenor Orrego (tesis de maestría).

El desarrollo de este trabajo investigativo desarrolló la problemática de los efectos de los artículos 419° numeral 2 y 425 inc. 3 literal b del CPP, formulando como problema el establecer los efectos a nivel normativo de condenar en por los jueces *Ad quem* al absuelto en primera instancia, analizándose posiciones tanto nacionales como extranjeras, concluyendo en las lesiones de diferentes garantías o principios tanto penales como constitucionales con la aplicación de la mencionada figura.

- 7) Castillo Rojas, R.A. y Fernández Pérez, J.A. (2014) *La condena del absuelto y el derecho al recurso según el artículo 425 inciso 3, literal b del Código Procesal Penal en la ciudad de Chiclayo*, Chiclayo: Universidad Señor de Sipán (tesis).

Esta investigación señala que en nuestro sistema judicial se están dando casos referentes a sentencias condenatorias que se producen por primera vez en segunda instancia, lo que determina que generaría el problema de que el condenado no podría recurrir el fallo condenatorio con el objetivo de que sea revisado de manera integral, como lo exigiría la Constitución Política del Estado, la normativa internacional y la jurisprudencia que emana de ella.

- 8) Balboa Sarmiento, C. (2015) *La condena del absuelto en segunda instancia y la vulneración del principio de la pluralidad de instancias*, Lima: Universidad Alas Peruanas (tesis).

Esta investigación desarrolla un estudio de la condena del absuelto regulada por el CPP peruano, el mismo que contravendría principios y derechos que los tratados internacionales, la Constitución y el sistema procesal penal proclaman.

- 9) Maco Cano, D. A. (2014) *Análisis y síntesis de la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto, y vulneración al principio de pluralidad de instancias, en concordancia con los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal del año 2004*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María (tesis).

Esta investigación concluye que la revisión de una sentencia condenatoria es necesaria, y también justa puesto que existe la posibilidad de un error por parte del juzgador o de la existencia de un abuso de poder por parte del mismo, por ello es que llama mucho la atención que el CPP regule figuras como la condena del absuelto que evita la revisión de un fallo condenatorio en segunda instancia, vulnerándose el principio de debido proceso en líneas generales.

- 10) Sánchez Aranda, A. G. y Rojas Cueva, S. E. (2012) *La violación a la garantía de la pluralidad de instancia que ocasiona el artículo 425 inciso 5 del Código Procesal*



*Penal en el caso de la condena del absuelto.* Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo (tesis).

Esta investigación, mediante un análisis exhaustivo busca realizar una debida interpretación de la instancia plural, indicando que la Constitución la considera como una garantía mínima necesaria para el debido proceso. Así mismo, se debe establecer que a la entrada en vigencia (a la creación) de la Constitución no existía la condena del absuelto. En concordancia con lo señalado en el PIDCP, todo condenado tiene derecho a una doble conformidad de su sentencia y pena, es decir, a ser reevaluados.

## **2.2. BASES TEÓRICO – CIENTÍFICAS**

### **2.2.1. LA CONDENA DEL ABSUELTO**

La condena del absuelto contiene la figura jurídica que permite de manera legal en nuestro país así como en otros más, que un condenado absuelto en primera instancia, llámese en el caso peruano por el Juzgado de Investigación Preparatoria, se encuentre expuesto a la posibilidad que mediante una impugnación pueda ser condenado en la segunda instancia, revocándose en todo sentido la primera sentencia en perjuicio del procesado primero absuelto y ahora condenado.

#### **2.2.1.1. Normas: Regulación de la Condena del Absuelto.**

##### **2.2.1.1.1. Normas Nacionales que regulan la Condena del Absuelto.**

El CPP del año 2004 implanta como novedad esta figura jurídica por medio de sus artículos 419°.2 y 425°.3.b.; De este modo en el proceso común permite poder revocar una sentencia que contiene una absolución de primera instancia, para que en sede de segunda instancia, pueda ser reformada por una sentencia condenatoria. Es a partir de dicha regulación que nace por primera vez en la historia del proceso penal peruano la figura jurídica que contiene a la condena del absuelto.

Dentro de la realidad legislativa del Perú, existen dos tratamientos diferentes sobre la condena del absuelto; por un lado, la norma adjetiva 1940 (en adelante C de PP) que no hace permisible la condena del absuelto en segunda instancia, antes bien faculta que se resuelva estableciendo la nulidad de lo desarrollado en el proceso y se ordene una investigación o juzgamiento nuevo; y por el otro, el C.P.P. del 2004.

El artículo 419.2 del indicado CPP se establece que el examen de la Sala Superior, es decir examen del *Ad Quem* tiene el objetivo de revocar o anular la resolución impugnada, tanto parcial como totalmente. En el caso de que se anule parcialmente, tratándose de sentencias que absuelven de responsabilidad penal podrá dictarse condena, fungiendo como una instancia de mérito. La condena del absuelto constituye de ésta manera una posibilidad nueva, toda vez que el C de PP asumió una posición más garantista –pro reo-, pues, en su artículo regulado 301° establece que el órgano jurisdiccional que tiene conocimiento del recurso impugnatorio a resolverse en segunda instancia, asimismo en caso de sentencia absolutoria, solo podría declarar la nulidad y ordenarse una nueva investigación o juzgamiento.

De acuerdo a la exposición desarrollada con motivo del anteproyecto del C de PP, se sustenta la absolución del condenado de manera injusta por razones ajustadas al verdadero valor de la justicia, pero la sentencia condenatoria de aquel injustamente absuelto (que teniendo una resolución absolutoria sin sustentarse adecuadamente) indica que no debería permitirse porque “La resolución que condena sólo es posible alrededor y el influjo del acusado, mediante la defensa y actuación probatoria de los demás elementos constructivos de lo que hace falta en la vista de la causa de la Corte Suprema”. (Guzmán, 1982, p. 612). En consecuencia, aparentemente, la base de tal posición es asumir como fundamento básico y elemental del recurso el principio de inmediación, que tal como indica Oré Guardia, necesita garantizar que el juez se encuentre en constante y directa vinculación con los elementos que forman parte del proceso y que, como tal, su sentencia se base en un conocimiento real de la causa y tenga sus bases en el resultado de la actuación de los medios de prueba que se ha logrado bajo su directa intervención. (Oré Guardia, 1996, p.409).

En este sentido al negarle la posibilidad de impugnar, rechazar y defenderse a una persona de una sentencia condenatoria a nivel de segunda instancia, que en rigor es la

primera, en concordancia con la regulación de esta figura procesal se le estaría vulnerando su derecho de defensa.

#### **2.2.1.1.2. La condena del absuelto en el Derecho comparado**

El CPP modelo para Iberoamérica (Código que *ad integrum* no ha sido acogido por algún Estado), modelo que los demás códigos procesales penales debían seguir, siempre y cuando sus realidades se lo permitan, acoge el sistema de única instancia, rezagando el derecho de la instancia plural, y desconociendo la garantía de interponer un recurso amplio e integral contra una sentencia condenatoria (aunque sea la primera), hecho que tendría su equivalente en los sistemas que acojan la doble instancia (en su vertiente de doble grado de jurisdicción) pero que faculden al *A quem* a condenar al absuelto; pues de igual forma, pese a ser la primera condena la impuesta en el juicio de apelación, tampoco podrá ser materia de impugnación ni de revisión (en el extremo de los hechos, obviamente) por otro órgano jurisdiccional. (Vargas, 2015, p.139)

Uno de los países que acoge la condena del absuelto es Bolivia, y dentro de los recursos impugnatorios que regula tenemos: el recurso de reposición, la apelación incidental y restringida, el de casación y el de revisión. Sin embargo, es el recurso de apelación el que para los efectos del tema en estudio nos interesa; por medio del cual se puede acceder a la instancia plural. En el sistema procesal boliviano encontramos la apelación incidental que en nuestro país vendría a ser el recurso de apelación contra autos; y el de apelación restringida el cual será presentado por equivocada aplicación de la ley o por falta de aplicación de la misma. (Vargas, 2015, p.139-140)

El proceso penal boliviano acoge el sistema de doble instancia; sin embargo, también permite la actuación de prueba nueva en el juicio de apelación, y también le faculta al tribunal de alzada que cuando sea obvio que emitir una nueva sentencia no se hace necesario un nuevo juzgamiento, entonces podrá resolver directamente; es decir, que con posterioridad de la actuación del nuevo medio probatorio en el juzgamiento de apelación, y si contiene en la valoración medios suficientes para contradecir y destruir la presunción de inocencia el *A quem* puede revocar la primera sentencia y condenar, cambiando la absolución de primera instancia, con lo que se materializaría la condena del

absuelto, precisándose que solamente serían materia de revisión los errores de derecho, a través del recurso de casación. (Vargas, 2015, p.141).

El Código Procesal Penal de Costa Rica reglamenta los recursos de apelación en general de sentencia, siendo que el primero de los nombrados se interpone contra las sentencias contenidas las resoluciones de los juzgados de procedimiento preparatorio e intermedio, cuando sean recurribles mediante apelación, y como tal provoquen agravio imposible de reparar, finalicen la acción o hagan imposible que se prosiga; en cambio, el segundo de ellos, se interpone contra las sentencias y sobreseimientos emitidos en juzgamiento y que deciden respecto de temas penales, civiles, incidentales y otros determinados por ley. (Vargas, 2015, p.141).

El recurso impugnatorio de apelación de sentencia generará un integral examen de la sentencia, cuando el interesado alegue disconformidad con el contenido del hecho u hechos que contiene el proceso penal, la adecuación y debida evaluación de los medios probatorios, la fundamentación jurídica o la determinación de la pena.

En el sistema procesal penal costarricense se permite también la presentación de prueba nueva en la instancia de apelación, la misma que será valorada de manera sistemática e integral con la prueba actuada en la primera instancia; por ende, se puede concluir que a partir de dicha prueba nueva actuada en el juicio de apelación, perfectamente podría materializarse una sentencia condenatoria, máxime si la prohibición de la reforma en peor solo rige cuando el impugnante es exclusivamente el imputado; por tanto, si el recurrente es el persecutor de la acción penal (frente a una sentencia que absuelve) el *A quem* quedara habilitado para poder revocar una absolución e imponer una condena; por ello se señala que cuando no corresponda declarar la nulidad se corregirá el vicio y se resolverá. (Vargas, 2015, p.144).

En contra, la norma adjetiva de República Dominicana, en el cual la apelación se determina por la interposición de un documento presentado y debidamente fundamentado en la secretaría del juzgado o tribunal que expidió la sentencia, expresándose cada motivo, la norma que habría sido vulnerada y la solución que se pretendería.

En este sentido el ordenamiento procesal penal dominicano proscribía la condena del absuelto en el sentido de que señala que el tribunal de apelación, cuando se deba

efectuar una distinta apreciación del medio de prueba, ordenará la celebración de un nuevo juzgamiento ante un tribunal diferente del que emitió la resolución; es decir, no le atribuye al *A quem* la facultad de condenar en el juicio de apelación, sino que considera que debe realizarse un nuevo juicio oral, a efectos de salvaguardar la garantía del acusado de poder recurrir la nueva sentencia que puede ser contraria a sus intereses (condenatoria); lo que se corrobora con el hecho de prescribir que si se ordena la realización de un nuevo juzgamiento contra el procesado absuelto, dicha sentencia no podría ser impugnada; es decir, el *A quem* ni en la primera ni en la segunda absolución tuvo la facultad de condenarlo por mandato de la ley. (Vargas, 2015, p.145)

La norma adjetiva de Guatemala regula la impugnación de apelación especial el cual se podrá interponer contra la sentencia del tribunal que emite la resolución que contiene la sentencia o y el que procede con la ejecución que finalice acabando con la acción penal, la pena o con cualquier medida de seguridad y corrección, impida que prosigan, imposibilite el uso de la acción penal, o no haga posible la extinción, conmutación o la suspensión de la sanción. (Vargas, 2015, p.145)

En la legislación guatemalteca, se le concede la facultad al *A quem* de acoger el medio impugnatorio con fundamento en la no observancia o mala aplicación o explicación de un contenido legal, pudiendo en este supuesto resolver el caso definitivamente, emitiendo la sentencia correspondiente, pero cuando se trata de falta de observancia o mala puesta en marcha de una norma legal que determine una falla procedimental, se anula de manera completa o en parte la decisión recurrida, mandándose entonces un nuevo cambio del procedimiento por el tribunal competente; esto quiere decir que solo cuando se trate de cuestiones de derecho, se habilita la facultad del *A quem* de resolver la contienda de manera definitiva; pero cuando se trate de cuestiones de procedimiento (de hecho, fácticas o probatorias) solo está facultado para anular la decisión recurrida, ordenando la realización de un juicio oral; por ello se prescribe que la sentencia de apelación no podrá merituar los medios probatorios o hechos debidamente probados de acuerdo a la sana crítica. Sólo será posible hacer referencia respecto de ella para la adecuación de la norma dogmática sustantiva o en casos haya colisión o discrepancia en la resolución impugnada evidente. Con todo, respecto de las cuestiones de hecho no se admite la condena del absuelto; y respecto de los temas de derecho, así se llegue a pronunciar en forma definitiva,

no olvidemos que aún quedará la casación para evitar la revisión de la sentencia expedida en el juicio de apelación, por lo que las cuestiones de derecho podrán ser materia de revisión por otro órgano jurisdiccional. (Vargas, 2015, p.147-148)

En el sistema procesal penal de Chile encontramos la presencia, entre otros, del recurso impugnatorio de apelación y del de nulidad; en el primero, se tiene la peculiaridad de que son impugnables las resoluciones emitidas por un tribunal de juzgamiento. Por otro lado, con relación al medio impugnatorio de nulidad, se concederá con harás de invalidad el juzgamiento y la resolución que contiene la decisión final, o solo ésta.

En la norma adjetiva Chilena, la apelación que regula no puede ser interpuesto para impugnar resoluciones expedidas por un tribunal de juzgamiento; pero si para las decisiones emitidas por el juez de garantías (entiéndase durante la investigación preparatoria y la etapa intermedia), lo que permite concluir que para las cuestiones que se resuelvan en el juicio oral, no hay apelación. Sin embargo, también cuentan con el recurso de nulidad que permite determinar si es nulo o no el juzgamiento y al sentencia, o solamente esta última. (Vargas, 2015, p.149-150)

El Código Procesal Penal de Colombia, regula el medio impugnatorio de apelación, el medio impugnatorio de casación,; señalándose que el primero al que se hace referencia procede contra las decisiones contenidas en las resoluciones que son tomadas para el desenvolvimiento de las audiencias y para la resolución que contiene la decisión final.

El medio impugnatorio extraordinario de casación, busca hacer efectivo la aplicación del derecho material, que se respete los principios que protegen de los intervinientes, la reparación del daño que recibieron los agraviados y la unidad jurisprudencial.

La legislación procesal penal colombiana no prohíbe que el *A quem* pueda condenar al absuelto; sin embargo, si ofrece un mecanismo procesal, como el medio impugnatorio extraordinario de casación, permitiendo recurrir la resolución que contiene la decisión de condena expedida en el juicio de apelación, cuando haya concurrido un obvio desconocimiento de las reglas de la prueba sobre la que se ha realizado la fundamentación de la sentencia; es decir, asume una posición ecléctica, porque no prohíbe la condena del absuelto (por lo tanto puede aplicarse), pero a la vez regula un recurso de casación con

alcance para valorar y examinar cuestiones de hecho, como por ejemplo las reglas de la prueba, con lo que estaría ampliando el campo de acción de la casación. (Vargas, 2015, p.145)

#### **2.2.1.1.3. La condena del absuelto en el Derecho internacional**

La CIDH, respecto de los hechos en Baena Ricardo vs. Panamá, ha señalado al respecto: *“la garantía de toda persona de impugnar la decisión judicial, consagrada por esta Convención, no se completa con la sola presencia o posibilidad de una institución de jerarquía superior a la que en principio decidió y sanciono (Doble grado de jurisdicción), ante el que éste tenga o pueda tener acceso (reconoce implícitamente al Doble Conforme). Debe interpretarse en el sentido que el medio impugnatorio que se visualiza y se contiene el artículo 8.2.h. del mencionado tratado es necesario que este proteja un medio impugnatorio ordinario eficaz por medio del cual un juzgador o un colegiado busque la rectificación de resoluciones judiciales contrarias al derecho”* (Landa Arroyo, 2005, p. 579-623)

Así mismo, respecto de lo sucedido en Herrera Ulloa vs. Costa Rica ha indicado: *“Este derecho de sobreponer un medio impugnatorio contra la decisión judicial tiene la necesidad de ser protegido con anterioridad a que la resolución que contiene la sentencia adquiera calidad de inamovible. La posibilidad de ‘recurrir o impugnar el fallo contenido en la sentencia’ debiera ser de fácil acceso, sin pedir impedimentos de naturaleza compleja que conviertan en mera ilusión este derecho. Muy al margen del nombre que se le otorgue al medio impugnatorio que existe para recurrir una decisión judicial, lo trascendental es que el mencionado medio impugnatorio proteja de manera eficiente un examen completo (hecho y derecho) de la resolución impugnada (...)”* (Landa A., 2005, p. 1071-1109). Costa Rica alegaba que la garantía de recurrir el fallo se encontraba garantizado, pues al condenado (en instancia única) le quedaba aún el recurso de casación para ver satisfecha su pretensión de impugnación, a lo que la Corte respondió que la casación no era suficiente para tutelar el derecho al recurso regulado en la convención, pues solo permitía un análisis del derecho aplicado en la sentencia, pero ya no posibilitaba una revisión de los hechos. (Vargas, 2015, p.118)

Así mismo, en la decisión respecto de **Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**, se señala en el numeral 159 que “El colegiado ha establecido que la garantía de impugnar la decisión judicial, regulado por la asamblea del CIDH, no se encuentra satisfecha con la sola existencia de una institución con jerarquía mayor a la que decidió y emitió sentencia condenatoria al procesado, al que sea posible acceder. En este sentido la necesidad de que exista una garantía real para comprobar o revisar la sentencia, en el contexto solicitado por esa Convención, es necesario que el colegiado jerárquicamente mayor tenga las particularidades judiciales que lo hagan legítimo para decidir en el caso concreto, entonces es conveniente resaltar respecto del proceso penal, que este es uno a pesar de las partes que tenga, lo que contiene los procedimientos para las impugnaciones ordinarias que se establezcan contra la decisión judicial”. (Salas, 2011, p.51-52)

En el mismo sentido de ese fundamento el colegiado del CIDH establece en el numeral 161 de su decisión que “En concordancia con la finalidad de la asamblea americana establecida por la CIDH, sobre cuál sería la eficaz y adecuada forma de proteger los derechos humanos, se debe comprender que el medio impugnatorio que se visualiza en el artículo 8.2.h. del mencionado cuerpo normativo debe ser un medio ordinario eficaz por el cual un juzgado o colegiado jerárquicamente mayor tendrá por finalidad la rectificación de resoluciones judiciales contrarias al derecho. Entonces, en el contexto de que los países poseen un límite de calificación para reglamentar la aplicación de ese medio impugnatorio, no es dable indicarlos límites o condiciones que lesionen la sustancia misma del derecho de interponer medio impugnatorio de la decisión. Como tal, la CIDH ha regulado que “no es suficiente la vida normativa de los recursos impugnatorios sino que ellos tienen la necesidad de ser eficaces”, entonces, deben tener como resultados la finalidad para la que fueron creados” (Salas, 2011, p.51-52)

La CIDH ha establecido como jurisprudencia vinculante e importante en Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en el cual se menciona derechos importantes a ser protegidos como el de libertad de pensar y el derecho de libre expresión, así como garantías judiciales y la necesidad de la protección judicial, refutando la sentencia dada en 12 de noviembre de 1999 por el colegiado penal del primigenio circuito judicial de San José de Costa Rica, y que los medios impugnatorios se habían sido usados con el medio extraordinario de casación por parte de las supuestas agraviadas. (Salas, 2011, p.36)



Asimismo con fecha 13 de abril de 2011, la CIDH., por vez novísima vez establece pronunciamiento sobre la institución de la condena del absuelto en el caso consagrado para ello, que no es otro que el caso Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina, evaluando el proceso y condena del recurrente por el delito de homicidio culposo como concatenado de un accidente en una carretera en la fecha 16 de marzo de 1992, este caso fue sometido a jurisdicción de la CIDH (caso 11.618) (<http://www.cidh.org/demandas/demandasESP2011.htm>., s.f.). Dentro del *iter* procesal se señala que Oscar Alberto Mohamed fue absuelto en primera instancia (juzgado), sin embargo fue condenada en segunda instancia posteriormente al resolverse un recurso de apelación; no pudiendo asegurarse para esta persona según postura de la CIDH el garantía a la supervisión de la sentencia.

La sentencia antes indicada, otorgada por la CIDH es obligatoria para las instituciones del sistema judicial del Perú, principalmente para los jueces y fiscales. Por lo que por ahora carecen de efectos jurídicos los artículos 419.2 y 425.3.b) del CPP, en el extremo en el que se faculta al Tribunal Superior a condenar al absuelto. El Juez peruano está sometido al control de convencionalidad, pues el Poder Judicial y hasta el máximo intérprete de la constitución se encuentran sometidos a la Convención y a la CIDH. (Núñez, 1969, p. 36)

En ese sentido, debe tenerse en consideración que los jueces peruanos están obligados a hacer necesaria la inspección de la convencionalidad de por parte del Estado, esto quiere decir que, no es necesario de que se solicite dicho control por alguna de las partes interesadas. Y es que nuestras leyes y procedimientos deber ser adecuados a los estándares internacionales, con la finalidad de evitar que más casos en contra del Perú lleguen a la CIDH. (Núñez, 1969, p. 36)

La Comisión de la CIDH ha afirmado que Oscar Mohamed no habría tenido con una real supervisión de su decisión que condena con la finalidad de corregir posibles errores, afectándose el derecho contenido en el artículo 8°.2.h de la Convención, que indica lo siguiente: “En medio del curso del trámite procesal, todo ser humano debe tener garantizada, en maximiza igualdad, los posteriores derechos mínimos: (...) garantía de impugnarla decisión judicial ante juez o colegiado jerárquicamente superior”.

Con relación a lo mencionado, la Corte señaló lo siguiente:

- a) El artículo 8.2 de la Convención determina que en medio del trámite procesal, todo ser humano debe tener garantizado, en máxima igualdad, “garantía de impugnar la decisión judicial ante juez o colegiado jerárquicamente superior”.
- b) La garantía a impugnarla decisión es siempre un derecho importante que es necesario que sea respetada dentro del debido proceso, con la finalidad de haga posible que una decisión sea contraria y en consecuencia pueda ser revisada por un órgano jurisdiccional diferente y de jerarquía superior, debiéndose garantizar con anterioridad de que la decisión posea calidad de inamovible, teniendo por finalidad garantizar el derecho de defensa, debiéndose dar en medio del trámite procesal la opción de presentar un medio impugnatorio con el objetivo de que no sea posible que quede inamovible un fallo que se otorgó con errores y que contenga vicios que mermen los intereses de un sujeto.

El Código Procesal Penal, nos da la opción de emitir una sentencia condenatoria a una persona que ha sido declarada inocente, potestad que no se regulaba en la norma adjetiva anterior a ella, (que fue duramente criticada por inquisitiva y de poca inclinación al garantismo de los derechos humanos), ésta novedad del Parlamentario de la nueva norma adjetiva genera controversia al colisionar con el acatamiento a los DDHH, de supervisión, igualdad ante la ley y que resalta en la necesaria seguridad jurídica, que ha generado colisión de posiciones académicas a nivel del contexto peruano. (Salas, 2011, p.41)

Así mismo, el artículo 14.5 de importante Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: “Todos los seres humanos declarados culpables de un ilícito penal tiene la garantía a que la decisión que contiene su condena y el reproche penal contenido en la sanción que se le puede poner sean puestos a evaluación a un colegiado jerárquicamente superior, en concordancia a lo regulado por la norma”.

Estos instrumentos internacionales señalados concuerdan: “(...) la garantía a la supervisión por el colegiado jerárquicamente mayor es una garantía del sentenciado. No conforma una garantía para el absuelto, ni de la defensa del particular que acusa, ni del persecutor de la acción penal. Esto quiere decir que dentro de la normatividad del sistema

penalista que no hiciera posible la interposición de medios impugnatorios contra las decisiones que absuelven, no lesionaría el mandato internacional a que hacemos referencia” (Vargas, 2012, p.268)

Lo que buscan tanto el Pacto y como la Convención es que la garantía a impugnar del sancionado con la condena permanezca como un derecho fundamental, no que se impida que otros segmentos también se haga posible impugnar. (Chinchay, 2012, p. 290).

La **CIDH** regula que la garantía a impugnar una decisión ante un juzgado diferente y con superior posición jerárquica es un derecho fundamental y prioritaria por que supone el respeto al debido proceso penal, teniendo en cuenta que su fin es hacer posible que se evite que se genere una posición donde se produzca un supuesto contrario a derecho. En concordancia con la jurisprudencia interamericana, se busca que este derecho *“evitar que se convierta en cosa juzgada una resolución que se otorgó con errores y que tiene vicios que generaran una lesión indebida a las disposiciones que quiere el procesado”* (Landa A., 2005, p. 1071-1109)

En el mismo contexto, señala que: *“La garantía que contiene este derecho regulada en el artículo 8.2.h., no está restringida a un tramo procesal, por el contrario también se regula teniendo por finalidad que una resolución que contiene un condena pueda ser nuevamente analizada por un colegiado mayor, aunque contenga de una resolución de condena establecida en exclusiva, primera o segunda instancia, con la condición de que se trate de la primera condena”* (Landa A., 2005, p. 1071-1109). Entonces, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluye que: Es vulneradora tanto para la resolución de un juzgado *Aquo* que se considere conclusiva, firme como para aquella sanción puesta por un colegiado superior o un último colegio jerárquicamente distribuido a un procesado absuelto por el *Aquo*, carece de recurso impugnatorio, es decir no se hace posible su supervisión por un colegiado jerárquicamente superior. Así mismo, cuando el colegiado jerárquicamente más arriba de una nación actúa como primera y única instancia, existe evidencia de la falta de que todo derecho de supervisión por un colegiado superior no queda garantizada por ser juzgado por el aquel colegiado e incluso uno de mayor jerarquía esa nación. (Vargas, 2015, p.119)

En el mismo contexto la doble conformidad judicial, visualizada en función al acceso a un medio impugnatorio que haga posible una supervisión completa y amplia de una decisión condenatoria, reafirma esta base y genera más veracidad a la función jurisdiccional del Estado, y en el mismo sentido otorga más seguridad y protección a los derechos del que tiene una resolución condenatoria (caso Barreta Leyva vs. Venezuela). En el mismo sentido, la Corte ha establecido que lo esencial es que el medio impugnatorio respalde la opción de un reexamen completo de la resolución impugnada (caso Barreta Leyva vs. Venezuela). El derecho de recurrir, revisar o impugnarla sentencia busca salvaguardar el derecho de defensa, en la porción que da la opción de recurrir por un medio impugnatorio para no hacer posible que sea inamovible la resolución tomada en un procedimiento no conforme a derecho y que tenga dentro de sí posibles vicios que generaran un daño no debido a los beneficios del procesado (caso Barreta Leyva vs. Venezuela).

Julio Maier ha indicado que “la Convención regional no se formula ni es posible formular una posición para- “defender” al Estado sino, por en contraparte, se busca otorgar un derecho al que sufre por una lesión provocada por el Estado, pudiendo vulnerar sus derechos que debe salvaguardar. Hacer una interpretación de estas garantías en perjuicio del procesado que debiera tenerlos garantizados, como manifiestamente lo han hecho nuestros juzgados en muchas sentencias, teniendo dentro de sí a nuestra Corte Suprema, simbolizada con un verdadero fingimiento. (Maier, 1997, p.412)

La CIDH ha establecido entonces que el artículo 8.2.h de la Convención hace un claro lineamiento a un recurso impugnatorio ordinario accesible y eficaz (Landa A., 2005, p.1071-1109). Esto supondría que debe ser garantizado con anterioridad a que la resolución adquiera la naturaleza de inamovible. En este sentido la validez de este medio impugnatorio establece que debe buscar que la finalidad o las reacciones a la finalidad para la que fue creada.

Como tal, el medio impugnatorio debiera ser de fácil acceso a todos los procesados, quiere decir, que no debe contener grandes embrollos que conviertan en ficticia esta garantía (Landa A., 2005, p. 1071-1109). Así también, la Corte considera que los formulismos pedidos para que el medio impugnatorio proceda deben ser menores y no deben formarse para ser un tropiezo para que el medio impugnatorio pueda cumplir con su

finalidad de reexaminar y determinarlas lesiones alegadas por el impugnante. (Vargas, 2015, p.122). Ello necesita que pueda tener en cuenta para analizar situaciones de hechos, a probar y jurídicas en que se sustentan en la resolución recurrida. Las causas para que proceda el medio recurrible tienen por cometido hacer posible un examen completo y extenso, de los aspectos recurridos de la condena penal.

Cada país puede estructurar su propia organización normativa de medios impugnatorios para recurrir según sus propios requerimientos, valoraciones y fundamentos, sin embargo lo menos que puede exigir sería la contener de un medio que permita recurrir estas resoluciones que contienen sentencias definitivas y que se pueda reconocer al sancionado el derecho para hacer uso de él y que el colegiado pueda admitirlo si cumple con esta disposición. (San Martín, 2012, p.466)

Por ahora no resultaría viable condenar al absuelto en segunda instancia, porque se corre el riesgo como ya lo ha dicho la CIDH que los efectos jurídicos de la condena queden suspendidos esperando que se haga de conocimiento un nuevo fallo del caso, protegiendo de este modo de este modo la garantía del condenado en segunda instancia a recurrir el fallo condenatorio.

En nuestro país jueces peruanos se encuentran obligados a sostener en los sustentos asumidos por la CIDH en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, que mediante su resolución del 2 de julio de 2004, en donde al adherirse a una determinada posición establecida por el Comité de Derechos Humanos, hace necesario indicar que: *“166. En referencia, el Comité de Derechos Humanos determino (...) que no existiendo la opción de que la sentencia condenatoria y el reproche penal a quien cometió el ilícito sean reexaminados completamente, como visualiza de la resolución casatoria (...), estableciéndose límites al mencionado reexamen de que los referentes normativos o legales de la condena, no contienen la protección que solicita el párrafo 5, art 14 del Pacto. En consecuencia, quien realiza el ilícito penal le fue negado la garantía a recurrir la resolución que contiene la condena y de la sanción, en lesión evidente del párrafo 5 del art 14 del Pacto (...)”* (Landa A., 2005, p. 1071-1109).

En el mismo sentido, es necesario considerar el pronunciamiento de la CIDH en los hechos Barreto Leiva vs. Venezuela, que se estableció mediante se sentencia del 17 de

noviembre de 2009, en donde al explicar la garantía importante a la doble conformidad judicial, especifica como argumento de su legitimidad que esta doble conformidad judicial que puede ser visualizada mediante el examen completo de la resolución condenatoria, confirmando de este modo las bases de la misma resolución y generando un incremento de seguridad al acto de la sentencia emitida por un poder del Estado mismo, garantizando de este modo la protección de los derechos del condenado.

Asumiendo lo fundamentado por la CIDH en el ya analizado caso Mohamed vs. Argentina, es necesario considerar que, con la finalidad de que una resolución que contenga una condena sea impugnada o examinada integralmente por un órgano juzgador jerárquicamente superior, aunque se trate de sentencia condenatoria en única, primera o segunda instancia, no es relevante la forma de la denominación o el *nomen iuris* con el que se pueda designar al recurso, sino que lo más relevante sería que se cumplan con los siguientes presupuestos:

- Que sea un recurso impugnatorio oportuno: debe darse antes de que la decisión contenida en la sentencia que se otorgue obtenga el atributo de cosa juzgada, lo que lo haría inamovible para el derecho, debiendo ser decidido en un tiempo razonable.
- Que sea un recurso impugnatorio eficaz: Entonces debe generar resultados o respuestas a la finalidad para la cual fue pensado, pudiendo entonces evitar la reafirma con de una situación de donde claramente podíamos ver una injusticia.
- Que sea un recurso impugnatorio accesible: No debiera ser necesario solicitar grandes formalidades que conviertan en ficticio el derecho.

El Perú admitió como competencia a nivel internacional la jurisdicción de la CIDH, en consecuencia tiene el deber de garantizar el cumplimiento de los derechos y libertades que tienen reconocimiento y se encuentran reguladas en la Convención Americana de Derechos Humanos, y como tal la innecesidad de tutelar los derechos y garantías de toda persona que se hallen bajo su protección. (Salas, 2011, p.18)

### 2.2.1.2.DEFINICIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO

La condena del absuelto es una figura que establece que una persona la que se le imputa un delito, posteriormente procesado y que ha obtenido una sentencia absolutoria por el Juez Penal de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado tiene la posibilidad también que de manera posterior en el reexamen de obtener sentencia condenatoria por la Sala Penal Superior al decidir respecto del recurso impugnatorio de apelación. Entonces, debe determinarse que la figura de la condena del absuelto se contrapone como tal al derecho de aquel que obtuvo sentencia absolutoria, cuando se decide emitir una sentencia condenatoria en segunda instancia, con motivo negarle la posibilidad de interponer recurso de apelación a la decisión que le causa agravio generada recién por el *Ad quem*, y le quita la opción de accionar su derecho de defensa respecto de la nueva decisión condenatoria que ha resuelto respecto de su responsabilidad a la imputación penal (Vargas, 2015, p.48-49), afectando se con ello, su derecho a la doble instancia.

Respecto a esta figura jurídica, Proaño Cueva indica lo siguiente: “Nuestra postura al respecto es que la condena del absuelto generada recién en segunda instancia jurisdiccional resulta idóneo en ocasión de hacer visible el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque esa figura no solo debe ser examinada en el ámbito penal únicamente desde el punto de vista de los derechos referidos al imputado sino también debe ser examinada referida a los derechos del agraviado y de las poderes otorgados por el persecutor de la acción penal; hacerlo desde otra perspectiva daría como resultado un examen realizado solo en parte, limitado y entre cortado sobre la realidad de las cosas” (Vargas, 2015, p.48)

Mientras tanto, Ibérico Castañeda señala que “si intentamos juntar las garantías básicas de instancia plural e igualdad procesal, lo apropiado sería que esas posiciones impugnantes hagan posible tener la opción que su interrogante sea objeto de análisis de revisión por diferente instancia y que su pedido pueda conseguir en caso lo amerite la revocación de la decisión del *A quo*, independientemente del posición de quien impugna, por lo que no conseguimos cuestionamiento respecto de la opción de que una decisión que contienen la absolución consiga ser modificada y cambiada a una sentencia que contenga un fallo que condena, en el sentido de que esta resolución sea dada por un sistema jurisdiccional con funciones de instancia, valga entonces que no sólo sean reexaminados

los vicios o errores, sino que también posea la opción de revaloración del material ofrecido para ser probado, incorporado y actuado por el juez primero” (Vargas, 2015, p.48-49)

Arsenio Oré Guardia, (Vargas, 2015, p.50-51) indica que la resolución condenatoria emitida por el *Ad quem*, representa la imposibilidad de lesionar la instancia plural, pero si habría lesión sobre la persona imputada cuando recibe su primera condena en la última instancia (segunda). En consecuencia, esta aseveración es posible fundamentar en tres aspectos: a) La *ratio legis*; b) El contenido de materia constitucional; y c) La interpretación del Tribunal Constitucional. Respecto de la *ratio legis*, es posible aseverar de manera positiva que el dejar desprotegido a aquella persona que ha recibido su primera sentencia condenatoria por el colegiado superior, de la garantía a impugnar, no es la razón ni lo que se buscó cuando se regulo ello, al tener en cuenta la garantía de la pluralidad de instancias en la Constitución.

En cuanto al contenido constitucional, sucede que hacemos uso de un tecnicismo jurídico, para disimular la afectación a la tutela judicial efectiva del procesado. El Tribunal Constitucional peruano establece que “La garantía de la instancia plural protege que las personas sometida al órgano de justicia, en el término de de un proceso, independientemente de su esencia, tengan derecho a impugnar los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales que generan lesión, ante órganos superiores como el *Ad quem*. En la postura que la Carta Magna no ha indicado a que instancias hace referencia, la garantía constitucional se compensa indicando cuanto menos una doble instancia” (Vargas, 2015, p.51)

Aquellos que se poseen una postura favorable a la aplicación de la condena del absuelto no han indicado como se posibilitaría conseguir efectivizarían y aplicación de la institución materia de análisis, sin que se lesione el derecho de los imputados a la instancia plural; y los que poseen una posición contraria, no se han intranquilizado por indicar en qué consistiría la naturaleza que establecería esta instancia plural en los supuestos donde se haga aplicable la condena del absuelto; vale decir, solo si se compensa con el “doble grado de jurisdicción” (que se cumple con el hecho de que la resolución del *Aquo* sea reexaminada por un colegiado superior o de jerarquía superior), o si en el supuesto contrario, para lograr la efectivizarían y materialización de la doble instancia, sea vital la



afluencia del “doble conforme” (se hace necesario la confirmación de la resolución condenatoria para la ejecución de la sanción penal) (Vargas, 2015, p.48-49)

En el sistema procesal penal peruano no se ha previsto que el condenado en segunda instancia se encuentre facultado a interponer el recurso de apelación para que su condena sea revisada en cuanto al hecho, el derecho y el examen valorativo del medio de prueba por otra instancia, a fin de que se cumpla con la doble conformidad de la condena (Reyes, 2018, p.16), la cual según Maier, es un derecho que solo atañe al condenado. (Maier, 2004, p.709)

Como tal el CPP de 2004 no tiene regulado un mecanismo ordinario de revisión integral y amplia mediante el cual se puede reexaminar la institución procesal de la condena del absuelto, pudiendo ser cuestionada esta peculiar condena –que recién nace en segunda instancia al decidirse respecto del recurso ordinario de apelación- solamente en razón del recurso limitado, taxativo y extraordinario de la casación penal. (Núñez, 69, p.26)

### **2.2.1.3. POSICIONES DOCTRINARIAS PERUANAS**

En nuestro país solo se han desarrollado de manera amplia tres posiciones doctrinarias, con mínimas diferencias entre sí, y con amplio margen de igualdad en sus conclusiones, los cuales son los siguientes:

Fernando Núñez Pérez, en su libro “La Condena del absuelto en instancia única y el Recurso de Casación” indica que el Código Procesal Penal del 2004 permite poder revocar una que resolución que absuelve en primera instancia, para que, en sede de segunda instancia, pueda ser reformada por una sentencia condenatoria, y establece lo siguiente; “sobre la situación controversial indicada, somos de la posición que la negativa de pasar por un proceso penal dos veces a una persona por idéntico hecho no se ajusta al fondo cuando el legislador, explícitamente, faculta la opción de que una absolución pueda ser recurrida, interpretándose que la decisión dada por el *ad quo* no ha obtenido la firmeza para ser inamovible, es decir, no se ha convertido en cosa juzgada. El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía fundamental que no solo pertenece a la persona sometida a un proceso penal, ya que también lo poseen personas o instituciones como el Ministerio Público o el agraviado (...), la segunda instancia busca entonces garantizar la

revisión de la condena, garantizándose no solo el derecho del imputado, sino también los derechos de las víctimas, así como el foco de la sociedad en la subsistencia de un proceso justo. (...).

En el mismo orden de ideas establece que la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria de primera instancia afectaría la garantía a la instancia plural, del derecho a posibilitar la vigencia de la administración de justicia en adecuadas condiciones, del derecho a la verdad, así como el derecho a una justa y pronta reparación. Sin embargo establece en contraposición a ello que al realizar la aplicación de la figura jurídica de la condena del absuelto, el sujeto de derecho que recientemente ha recibido una condena, justamente necesita para evitar una vulneración de sus derechos una nueva instancia, la misma que a la que se le permitirá llegar mediante un recurso de apelación. Este recurso impugnatorio posee características propias y distintas, que por supuesto no tiene el recurso de casación penal, esto es necesario porque en caso de no garantizarse estaríamos frente a un supuesto de condena en instancia única, generándose en este caso una vulneración del derecho a recurrir un fallo adverso. En conclusión Núñez Pérez acepta la posibilidad de la figura jurídica de la condena del absuelto, pero propone una nueva apelación para la condena en segunda instancia, de este modo garantiza el acceso a la doble instancia.

Jorge Luis Salas Arenas, en su tratado “Condena al Absuelto, la *Reformatio In Peius*” establece que; el sistema peruano contiene como modelo para impugnar el de apelación el mixto, en consecuencia cuando se impugna el primer fallo producto del análisis y resultado del juicio de culpabilidad, se forma y se establece una nueva audiencia que vera el recurso de apelación, esto en base de las condiciones otorgadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Entonces (...) si con el intención de establecer y salvaguardar la vigencia y aplicación de este derecho a impugnar, se niega de la verdadera naturaleza del juicio oral, se genera en consecuencia una desvaloración del debido proceso, por ello (..) nuestra legislación cuando hace la reseña a la condena del absuelto, genera una colisión con diferentes normas fundamentales, entonces, con la imposibilidad de poder hacer uso de la garantía regulada en el artículo 139.6 de nuestra Carta Magna, ello genera también como resultado un peligro respecto de la restricción a este importante derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, respecto del acceso a la justicia. La condena del absuelto aplicada en nuestra legislación, podría generar que el nuestro ordenamiento

jurídico peruano fuera discutido, por no garantizar la plena vigencia de un recurso impugnatorio ordinario para un nuevo reexamen de la decisión que condena dada por la segunda instancia y lesionar el bloque de constitucionalidad estructurado para la protección de este derecho. Entonces (...) con el objetivo de no generar la afectación de estos derechos del condenado, considero necesaria la instauración de la importante función de revisión de la figura jurídica de la condena del absuelto a los Jueces Superiores que representan en principio una segunda instancia y que conformen la Sala Superior Penal, o en su defecto la Sala Mixta o Civil, teniendo en cuenta las reglas particulares para la impugnación de la apelación, dejando de este modo el recurso de casación listo para ser aplicado cuando así lo requieran los intereses de los sujetos procesales, posteriormente de agotada la revisión de la condena generada. Salas Arenas postula que la condena del absuelto generaría una afectación a los derechos fundamentales y al bloque de constitucionalidad en nuestro país, en consecuencia propone una posterior revisión a la condena del absuelto de manera posterior en segunda instancia por el tribunal superior, para garantizar el acceso al derecho a la instancia plural.

Roger Vargas Ysla, en su libro “La Condena del absuelto y el Derecho del condenado a un recurso amplio e integral” establece lo siguiente: respecto del tema materia de análisis es importante determinar si puede ser factible que a partir de las bondades de la condena del absuelto y, pese a las vulneraciones que esta pueda implicar, puedan coexistir dentro del sistema penal ambas instituciones (condena del absuelto y derecho a impugnar el fallo), ya que al compatibilizar ambas no tendríamos que renunciar a sus beneficios y virtudes, logrando armonizar la eficiencia en la administración de justicia con los derechos y garantías de los justiciables. En este sentido justificar una institución jurídica implica reconocer que tiene alguna utilidad, protege intereses de orden público, que tiene legitimidad, que es necesario y proporcional y que, por lo tanto, puede adecuarse al sistema jurídico. Entonces (...) es innegable que la condena del absuelto sería muy útil, toda vez que en los casos en los que tenga que aplicarse se evitarían dos cosas. En primer lugar, que se tenga que estar declarando la nulidad de las sentencias absolutorias de primera instancia, por supuestos vicios en la motivación; y en segundo lugar, se evitarían los reenvíos ad infinitum de la causa penal e impide una respuesta de la justicia penal oportuna y eficaz en beneficio de los agraviados por el delito, sin embargo (...) también observamos que su aplicación genera la vulneración al ejercicio de un derecho fundamental como lo es la

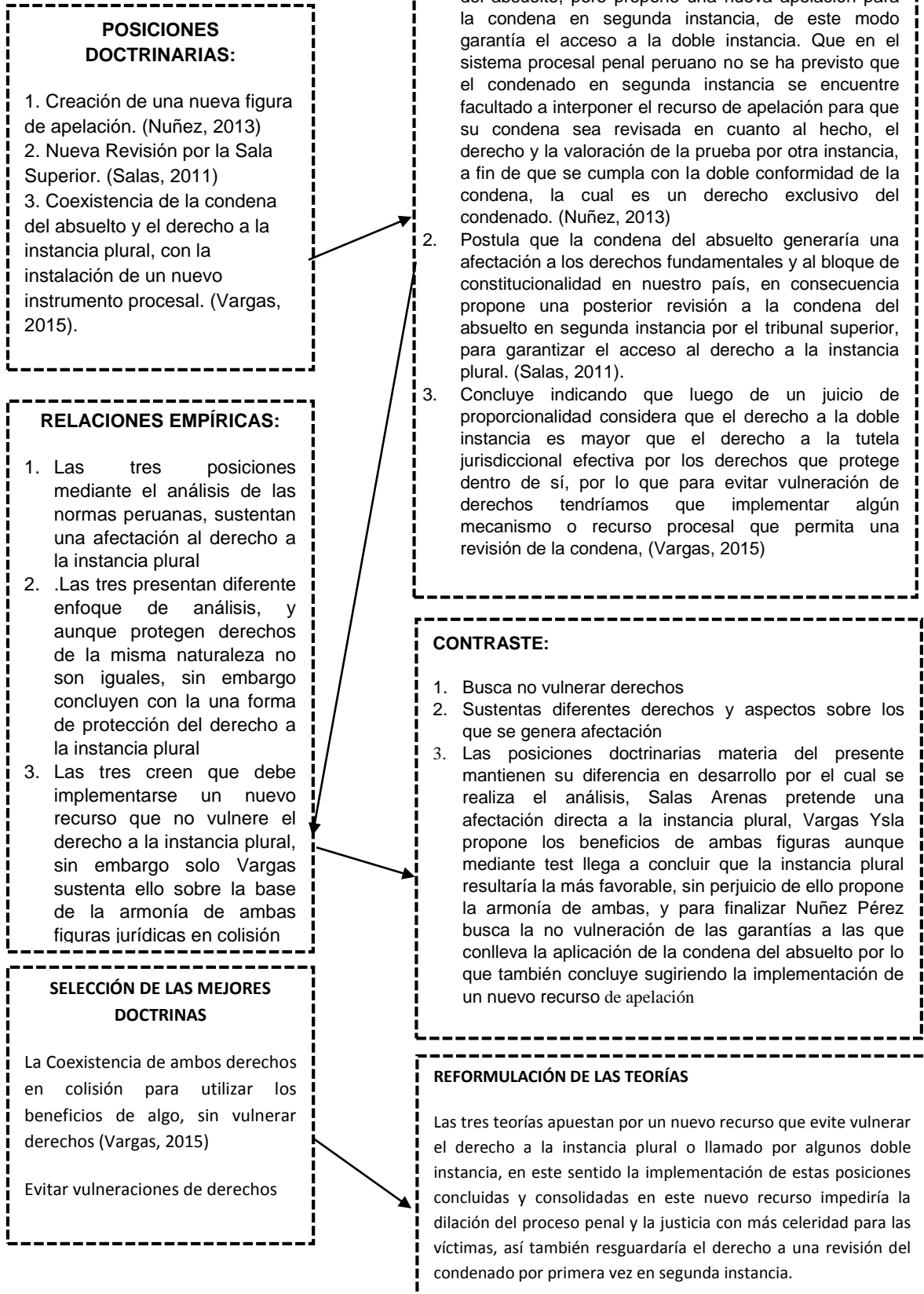
doble instancia de forma amplia e integral. Concluye indicando que luego de un juicio de proporcionalidad considera que el derecho a la doble instancia es mayor que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por los derechos que protege dentro de sí, por lo que para evitar vulneración de derechos tendríamos que implementar algún mecanismo o recurso procesal que permita una revisión de la condena.

La doctrina peruana como puede apreciarse concluye en que debe implementarse una forma de nueva revisión mediante una impugnación de la condena en segunda instancia lo que supondría acceso a una revisión y evitaría que se inaplique la condena del absuelto, todo ello sin afectar el bloque de constitucionalidad de nuestro país como bien menciona Salas Arenas y se lograría una armonía de ambas instituciones en colisión como pretende Vargas Ysla

En este sentido en merito a esta investigación y con motivo de consolidar las posiciones doctrinarias formuladas anteriormente, se ha realizado un comparativo de consolidación, en base a la Triangulación formulada por Denzin en 1970 (referido por Pereyra, 2008) quien considera que es combinación o fusión de teorías o doctrinas. En este sentido se busca integrar las tres posiciones doctrinarias tanto de Núñez Pérez, Salas Arenas y Vargas Ysla, desarrolladas en nuestro país, respecto de la investigación de la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país.

Tabla 1

*Triangulación de Posiciones Doctrinas*



### 2.2.1.3.1 El recurso de casación como aparente solución al problema

Permitir la condena del absuelto, de acuerdo a la forma de cómo se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Penal, permitiendo su cuestionamiento sólo a través del limitado y restringido recurso extraordinario de la casación penal, el mismo que tiene un carácter formal, es legitimar la existencia de la cuestionada “condena en instancia única” (Morales, 2011, p.121)

Nuestro Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 4235- 2010-PHC/TC-Lima (César Augusto Nakasaki Servigón a favor de Alberto Fujimori Fujimori), con referencia al derecho constitucional y fundamental de la instancia plural a favor del condenado, ha apuntado lo siguiente: *“17. Los fundamentos y normas indicadas hacen posible establecer, en primer plano, que corresponde a la naturaleza del derecho fundamental a la instancia plural, el derecho vital de toda persona a impugnar las decisiones judiciales que le otorguen una condena penal”*(Exp. N° 4235-2010-PHC/TC).

Si bien, en ocasión de la existencia de una decisión condenatoria que absuelve en primera instancia emitida por el *a quo*, tanto el Ministerio Público como el actor civil pueden cuestionarla mediante el respectivo recurso de apelación, conforme al derecho fundamental a la pluralidad de instancia en su versión del derecho a la doble instancia, cabe señalar que este condenado recién existe, técnicamente hablando, en sede de segunda instancia, por lo que el Estado debería garantizarle este mismo derecho fundamental por medio de un recurso ordinario y no a través de la casación penal, la misma que no garantiza ser una instancia devolutiva. (Carrera, T., s.f)

Por tanto, lo que se busca con la figura jurídica y procesal de la condena del absuelto es el reexamen y la doble revisión de esa condena, por lo que no es exactamente una instancia plural de debate del proceso, sino la doble instancia de un análisis de condena, situación que no permite ni otorga el recurso de casación por ser este un mecanismo tasado y extraordinario, siendo una herramienta de control de la constitucionalidad y de la legalidad. (Salas, 2011, p.271-272)

Debe recordarse que nuestro texto constitucional, por medio de su artículo 139°.6, garantiza el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, por lo que al existir un imputado absuelto, esto es, producto del juzgamiento en primera instancia, este no tiene

legitimidad para poder cuestionar su absolución mediante el recurso ordinario impugnatorio de la apelación, ya que el mismo no lo agravia, salvo el supuesto excepcional en donde el imputado absuelto o sobreseído haya sido condenado al pago de una reparación civil conforme lo permite y establece el apartado 12°.3 de la norma adjetiva penal. (Núñez, 2013, 80-81)

Claus Roxin ha indicado que “La casación es un medio impugnatorio restringido. Este hace permisible solamente el examen *in iure*. Ello hace referencia a que las circunstancias generadas con estos hechos y fijada en la sentencia es vista como ya fijada y analizada en su amplitud, y sólo se investiga si el juez o colegiado inferior, llámese de primera instancia ha incidido en una vulneración al Derecho material o formal” (Núñez, 2013, 82).

El recurso procesal extraordinario de la casación penal no garantiza el derecho a la doble instancia del imputado recién condenado en segunda instancia, a diferencia del que ha sido condenado en sede de primera instancia, distinción que sí afecta el derecho a la igualdad.

En este sentido si, nuestra norma adjetiva penal en virtud de su apartado 427°.4 regula la “casación excepcional”, la misma que es procedente en casos distintos al material o la resolución judicial casable, en ocasión que la respectiva Sala Penal de nuestra Suprema Corte, en forma facultativa y discrecional, lo considere indispensable y pertinente para el desenvolvimiento de la doctrina en la jurisprudencia, esto no lo convierte en un recurso impugnatorio genérico como sí lo es el de apelación, ya que no habrá el doble conforme, el mismo que significa que la sentencia condenatoria debe ser confirmada por otro tribunal. (Oré G., 2011, p.155)

La condena del absuelto, no logra ser solucionada mediante la elevación por motivo de recurso extraordinario de casación, Núñez Pérez asevera que: “en el lugar que si vemos un punto de controversia en el Nuevo CPP, y que desde nuestra perspectiva lesiona la obligación constitucional y supranacional de instancia plural para favorecer al condenado, llámese entonces la facultad dada a la Sala que actúa en revisión de la norma que se contienen en el apartado 419.2 y en el apartado 425.3.b, que hacen posible a dicho órgano colegiado sentenciar condenando a quien ha obtenido sentencia absolutoria, y aunque se

intente argumentar a favor de esta elección legislativa limitándola a presupuestos respecto de los que ha existido actuación de medios de prueba por el *Ad quem* (inmediación probatoria), entonces esto no cubre la obligación de materia constitucional (y supranacional) de otorgar al quien ha obtenido recién sentencia condenatoria un medio impugnatorio que haga posible que su sanción contenida en la resolución que lo condena sea posteriormente examinada por otra instancia superior y que además esta tenga capacidad de examen normativo y probatorio, es decir, por una real instancia, porque ante la sentencia condenatoria emitida por el *Ad quem*, la única viabilidad dentro proceso de impugnación está limitada al recurso de casación, el que que no puede generar instancia de revisión, por lo que la Sala Casatoria está imposibilitada de efectuar la actuación de medios de prueba, (etapa probatoria) y de volver a evaluar los medios que contengan las pruebas incorporados al proceso”. (Núñez, 2013, 84-85).

Si la condena del absuelto se produce sobre la base de prueba nueva admitida y actuada en segunda instancia, pues tendremos que sobre la fijación de los hechos habrá única instancia, ya que sólo nos quedará interponer la casación, recurso que no entrará a reexaminar los hechos por tenerlos ya establecidos.

En el mismo sentido, la CIDH que como ya hemos mencionado con anterioridad en el desarrollo de esta investigación es vinculante para nuestro país, ha establecido mediante precedentes importantes como los casos: Mohamed va Argentina, y Herrera Ulloa vs Costa Rica que el recurso de Casación no puede salvaguardar el derecho a la instancia plural por la naturaleza misma de este, razón por la cual en resumen, la casación es un medio impugnatorio ineficaz para el examen integral de la condena del absuelto.

#### **2.2.1.3.2 La nulidad como solución al problema**

Si el *A quem* durante el juicio de segunda instancia, ha podido advertir la existencia de medios de prueba que hubieran podido sustentar una sentencia condenatoria en primera instancia; entonces estaríamos ante una mala apreciación de los hechos y una errada apreciación de los medios de prueba presentados, creándose entonces por aquel motivo una causa de nulidad absoluta, siendo posible emitir como nulo el juicio y tener disposición de la constitución de un nuevo juicio oral, pudiendo tener acceso intacto el derecho a la doble instancia del acusado, frente a esta postura hay muchas voces en contra, argumentando por



un lado que, aquello podría ser similar a cambiarle la plana al *A quo* para que pueda proceder conforme lo indico el superior; y por el contrario, se crearía un reenvió *ad infinitum* del caso penal, a la primera instancia, extendiéndose por mucho la forma de solucionar la disyuntiva generada. Sin embargo, respecto a lo primero, debo señalar que, al anularse el juicio oral, jurídicamente sería inexistente retrotrayéndose el proceso al estado en que se produjo el vicio, esto es, al auto de citación al juicio, por lo que todo es una historia nueva, la actuación de los sujetos procesales, la actuación y valoración de los medios de prueba y el *A quo* encargado de sentenciar también será uno distinto del primero que sentencio; por lo tanto emitirá su sentencia de acuerdo a lo que se actuó en el nuevo juicio oral. Sobre los que señalan que declarar la nulidad del juicio oral es un reenvió *ad infinitum* de la causa penal y que eso atenta contra la celeridad y economía del proceso; y que debido a ello se incorporó la condena del absuelto; pues es necesario precisar que la celeridad y economía procesal no resultan ser un fundamento realmente sólido frente al derecho que tienen los justiciables de poder cuestionar, apelar o impugnar la sentencia de segunda instancia que los condena, pues no se puede pretender obtener una solución célere y económica a costas del sacrificio de los derechos del imputado, máxime si el derecho de que pueda ser procesado y juzgado en un tiempo razonable está elaborado a favor del imputado. (Vargas, 2015, p.86).

En la **Casación N° 195-2012-Moquegua**, se señala que la Sala Penal de la Corte Suprema posee la idoneidad necesaria que hace posible reevaluar la validez de la exégesis normativa que ha podido considerar la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en sus diversos pronunciamientos, es importante entonces mencionar que la indicada interpretación puede desarrollarse, ser explicada y superada de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia otorgada por la CIDH, no hay exegesis justificadora procesal, y tampoco hay exegesis de la ley que posibilite que un imputado que ha recibido resolución absolutoria en primera instancia pueda obtener posteriormente una sentencia condenatoria, con motivo de la interposición de una apelación, puesto que ello se traduciría en “una condena en instancia única”, en medio de este impedimento de que exista un recurso impugnatorio configurado por nuestra ley, que haga posible el nuevo examen de la decisión de condena, por distinta “instancia” ordinaria. En este supuesto, como no existe una opción a nivel procesal, puesto que el recurso de casación no hace posible una instancia en la cual exista actuación probatoria, debería entonces hacerse importante

formarse de nuevo un juzgamiento oral (a nivel de primera instancia), en ese caso, se pronuncie otra resolución y se proteja que en el supuesto de que la resolución que contiene el fallo sea de condena, ella pueda impugnada”; es decir, ante dicho panorama procesal y a fin de evitar las consecuencias y repercusiones negativas de la condena del absuelto, la Sala Penal permanente de la Corte Suprema, optó por la nulidad y el juicio de reenvió. (Vargas, 2015, p.86-87)

#### **2.2.1.4. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA CONDENACIÓN DEL ABSUELTO**

##### **a) La consulta N° 2491-2010 realizada por la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema**

La sentencia emitida respecto del Expediente N° 2008-12172-15, expedida por nuestra Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa señala que el tribunal superior llámese:

Ad quem se encuentra en una posición especial cuando tiene que decidir respecto del caso de quien primero obtuvo una sentencia absolutoria, esta situación incluso haría posible que se efectivice la reformatio in peius, situación se ajustaría a derecho siempre que exista un tribunal superior para una posterior impugnación de esta nueva decisión en concordancia con el derecho constitucional. (Artículos 10 y 11 DUDH; artículos 4.14 y 15 PICD; y artículo 8.2 de la CADH)”(EXPEDIENTE N° 2008-12172-15).

Esta misma resolución establece que no basta la presencia de un recurso de casación, donde la esencia y el fin del proceso son distintos a las del recurso de apelación. Así, señala que el CPP

ha omitido tener en consideración una instancia superior y adicional que, teniendo en cuenta reglas iguales de todos los casos en los que se impuso un medio impugnatorio contra la decisión que contiene una condena, haga suya el examen (destinado a garantizar el derecho a la instancia judicial plural), de este modo pondría al tribunal jerárquicamente superior en una situación donde es imposible tomar como propia una resolución en esos supuestos y en consecuencia queda únicamente la posibilidad de la anulación (...) la nulidad de todo lo actuado en las

instancias, da como resultado la única posibilidad dentro del proceso que evite lesionar las garantías procesales que debe ofrecer el Estado, que obtendría además importancia para la justicia internacional de los DDHH, por lesión directa del debido proceso y a las garantías primordiales del imputado (EXPEDIENTE N° 2008-12172-15).

Por ello, declararon inaplicable para el supuesto específico el artículo 425.3.b) del CPP, esto hace referencia, solamente cuando se indica que “si la resolución final de primera instancia declara la absolución, hace posible resolver posteriormente con sentencia que declare la condena imputando las sanciones y aquello que corresponda en reparaciones civiles”; en ese sentido mientras se haga posible el acceso a nuestra instancia suprema encargada de realizar un examen del juzgamiento, por interactuar directamente con el derecho a la pluralidad de instancias y las normas de protección internacional. En tal sentido, la Sala Superior mandó que se reevalúe en cuestionamiento esta decisión de examen y evaluación constitucional y fundamental difuso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Asimismo, declaró fundada la nulidad de la sentencia impugnada, que absolvió al acusado, decidiendo que el juicio oral se vuelva a dar por el juzgado colegiado establecido por ley, indicando que no intervengan en su formación los jueces que habiendo actuado en el juicio anterior y resolvieron la decisión de la sentencia apelada.

Al respecto, se emitió la **Consulta N° 2491.2010-Arequipa**, del 14 de setiembre de 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de nuestra Suprema Corte, que estableció que:

la condena del absuelto no genera afectación al derecho a la instancia plural, en el sentido que esta garantía se salva guarda solo con la posibilidad que en igualdad de condiciones de los indicados dos consecutivos exámenes y fallos respecto del argumento de fondo trazado, por razón de los dos órganos jurisdiccionales diferentes, en este sentido se establece que el segundo debe prevalecer respecto del primero (CONSULTA N° 2491.2010-AREQUIPA).

Del mismo modo, indica que esta garantía (doble instancia) reconoce supuestos de igualdad tanto para la parte acusada, así como para la parte acusadora; de este modo no existe alguna razón para poder decir que el *A quem* solo pueda absolver al condenado en el supuesto que este cuestione la condena, pero hace imposible condenar al absuelto en el

supuesto que la parte acusadora cuestione justamente con su recurso tal resolución absolutoria, puesto que tendríamos en cuenta la obligatoriedad del principio de igualdad. (Sánchez C., 2015, p.44-45)

En tal sentido, señala que la garantía de la instancia plural se termina luego del reexamen de el caso en instancias distintas, siendo indiferente quien sea el impugnante, no afectándose aquella en la postura que, en sentido restringido, aquello indicado en la norma valora, como pequeñísimo, en supuestos de igualdad dos continuos exámenes y resoluciones sobre la materia de fondo discutidos por razón de dos órganos jurisdiccionales diferentes, de manera que el segundo debe mantenerse respecto del primero. (Sánchez, 2015, p.45)

La condena del absuelto, que en estricto constituye la primera condena, sobre la cual nadie nos puede asegurar que no esté errada o sea arbitraria. Al ser así las cosas, ello implicaría además, que estaremos prefiriendo como jueces de fallo a los peor informados sobre los mejor informados; adviértase, también, lo que es peor, para la eficiencia del segundo debate, más alejado de manera temporal del momento del hecho y, por ende, supuestamente menos efectivo, (Vargas, 2015, p.95) nada indica que el segundo juicio obtenga mayores opciones de certeza, sino, por el contrario, es posible que la fuente de conocimiento sea la más pobre, por su mayor distancia hasta el momento del hecho (LATINOAMÉRICA).

En consecuencia, el grado de falibilidad es mayor cuando se trata de una sola condena, que aunque haya sido expedida por un Órgano Colegiado de Superior Jerarquía (Sala Penal de Apelaciones), no la exime del error, lo que se corrobora jurídicamente con la existencia de otros recursos (como la casación) y acciones (como la revisión), que el legislador ha previsto para los casos en que aun cuando se haya agotado la doble instancia, se puedan recurrir las sentencias que causen agravio, en razón de que se respeten y respondan por los parámetros regulados en la ley procesal penal. Esto último en la praxis judicial se corrobora con un sinnúmero de sentencias que han sido declaradas nulas por la Corte Suprema, por una inaplicación, mala aplicación o errónea exegesis de la ley, declarando por ello fundado el recurso de casación. (Vargas, 2015, p.96)

Así mismo, para una grande aseguramiento de la norma jurídica se necesita que todos los ciudadanos que se encuentren dentro de un determinado proceso de materia penal mantengan el convencimiento, no hablamos de que nuestro proceso de materia penal haya sido examinado por dos órganos jurisdiccionales distintos o de distinta jerarquía (referido solo al referente formal de la garantía); sino hablamos de que, en las dos instancias se pudo haber dado repetida decisión; *verbi gracia*, deberá haber más firmeza y convencimiento sobre el aspecto de la decisión contenida en la resolución que declara la condena, en este aspecto si se ha generado la misma decisión judicial en las dos instancias. (Vargas, 2015, p.96)

Sin embargo, vemos que en el caso de la puesta en marcha de la figura jurídica de la condena del absuelto, ello no se genera así y sino que en sentido distinto, solo se busca garantizar la parte normativa de este derecho, cuando ha sido examinada la finalidad por órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía, exponiéndolos a estar sin opciones al absuelto, que ha obtenido resolución condenatoria en segunda instancia, de poder impugnar esta resolución para una revisión dicha sentencia condenatoria, que en efecto sería el primer fallo condenatorio, entonces “si se llegó a esta sentencia condenatoria en base a aspectos probatorio, que buscando generar prueba nueva, no pueden cumplir con el doble control jurisdiccional de evaluación; haciéndose caso omiso de lleno del doble conforme, para así hacer posible realizar la ejecución de la sanción penal” (Vargas, 2015, p.96)

El precio de conservar la figura de la condena del absuelto engloba un precio demasiado alto para los justiciables, pues el hecho de que una sola sentencia condenatoria decida su destino, implica un alto riesgo de error, hecho que justamente se pretende evitar con el doble conforme.

En efecto, para que proceda la revocatoria de la sentencia absolutoria y se expida una sentencia condenatoria, se requiere como mínimo una suficiente actividad probatoria de cargo, que permita destruir o desvirtuar el status o derecho a la presunción de inocencia de la que goza el imputado, lo que ya, de por sí, implica una gran dificultad, si se tiene en cuenta que el juicio de segunda instancia es un “juicio limitado”, aunado a las dificultades que implica el principio de inmediación, por el cual no es posible otorgar distinto valor probatorio a la prueba personal que fue materia de examen por el Juez de primera

instancia; lo que se complica aún más, si se va a realizar una valoración sobre la base de factores heterogéneos, es decir la suma de lo actuado en primera y lo actuado en segunda instancia, por lo que, o bien acaban no dando valor a la prueba que ellos han presenciado, ya que constituye una pequeña parte de todo el conjunto probatorio, o bien finalizan atendiendo sólo a la prueba ante ellos practicada, con olvido de la realizada en primera instancia. (Vargas, 2015, p.98)

Por el contrario, Vargas Ysla considera que al invalidar la resolución que contiene la decisión de condena y expedir en segunda instancia una resolución que contiene una decisión de absolución, no sería una situación tan compleja y complicada como la anteriormente descrita, ya que por la naturaleza de las cosas los presupuestos o requisitos para expedir una sentencia absolutoria no tienen la rigidez que sí se requiere para expedir una condenatoria, incluso, bastando para ello, la duda sobre la responsabilidad penal del imputado para poder absolverlo. (Vargas, 2015, p.98)

En el transcurso de la historia, el sistema de garantías nació o fue creado a efectos de proteger al imputado, quien finalmente será el que tendrá que soportar el proceso penal y por ende la violencia formal del Estado, instituyéndose por ello importantísimas barreras y límites al poder estatal; lo que no quiere decir que se desconozca el derecho a la Tutela Judicial Efectiva del que goza la víctima o perjudicado por el delito; sin embargo, se quiere enfatizar que la ciencia procesal penal se estatuye sobre un sistema de garantías básicas que fueron pensadas y elaboradas especialmente para garantizarle al imputado que el Estado no se excederá en el uso de su violencia (para lo cual se estableció la presunción de inocencia como garantía limitadora del poder punitivo) o que resolverá la causa penal de manera arbitraria (para lo cual se establecieron los medios impugnatorios que permitan que la causa sea revisada por el superior jerárquico); por consiguiente, negarle la posibilidad de apelar al absuelto, la sentencia condenatoria implicaría desconocer el origen, naturaleza, fundamento y finalidad de una de las conquistas más preciadas del derecho procesal: La garantía de la doble instancia (Vargas, 2015, p.99)

La Corte Suprema en la consulta señala que con la condena del absuelto la acusación puede ser discutida tanto en la primera instancia como en la apelación. En ese mismo sentido, señala la referida consulta, que:

esta garantía (doble instancia) reconoce supuestos de igualdad primero a la que ha sido acusada y también a quien acusa, no habiendo bases para establecer que el colegiado de segunda instancia solo logre generar una sentencia que absuelva al condenado cuando este cuestiona la condena, pero no puede dar una sentencia condenatoria a quien en principio obtuvo una decisión de absolución cuando quien acuse cuestione, justamente con su impugnación, tal sentencia absolutoria, así entonces tendríamos que tener en cuenta la obligatoriedad de tener en cuenta del principio de igualdad (Vargas, 2015, p.99).

Si bien en un determinado momento la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Suprema Corte, por medio de la Consulta N° 2491-2010-Arequipa, del 14 de setiembre de 2010, resolvió desaprobado y dejar sin efecto la inaplicación, vía control difuso de los artículos 419.2 y 425.3.b) del CPP realizada por la respectiva Sala Penal de Apelaciones, en este sentido, dicha desaprobación asumida no constituyó precedente vinculante, por no haberse dispuesto, en forma expresa y taxativa, que todas las instancias judiciales debían asumir sus efectos jurídicos, olvidándose más bien esta Ejecutoria Suprema dentro de sus fundamentos, que el absuelto condenado en segunda instancia se le negaba el derecho fundamental a la doble conformidad judicial de la condena.

La Suprema Sala Constitucional y Social ha interpretado el vocablo “doble instancia” de forma limitada; la interpreta entonces en el sentido que la real presencia de dos instancias de diferente esencia; cuando debe considerar a ésta como una protección normativa que posibilite más grandes certezas a aquellos sometidos a la justicia jurisdiccional, evitando lesiones y garantizando el derecho del procesado a contradecir e impugnar la decisión condenatoria que se le dio en un proceso judicial de examen por apelación, en ella se hará posible probar y contra probar. (Salas, 2011,48)

En este sentido nuestra Sala Suprema Constitucional y Social se ha inclinado adicionalmente por una opción aplicativa “contra reo” (el procesado que es parte vulnerable de la relación procesal) al indicar la consideración que no existe equivalencia en el caso en que la Sala revisora, sólo tenga la posibilidad de resolver con absoluciones y no de resolver con condenas.

Entonces, este parámetro de igualdad ante la ley, es pasible de utilización en varios sentidos, desde el punto de vista que a la Fiscalía se le otorga y posibilita el uso del derecho a cuestionar de la decisión judicial que contiene una absolución, en tanto que en

este supuesto específico, al sometido a proceso no se le permite dar tal posibilidad, puesto que no se ha indicado un colegiado o tribunal que resuelva sobre tal impugnación.

En el mismo sentido nuestra Sala Constitucional y Social que tiene una de la más elevadas jerarquías jurisdiccionales de nuestro país discurre que la opción materia de conflicto de la imputación en dos instancias distintas es igual respecto de la opción de confrontar la sentencia que decide para condenar en dos instancias distintas; considero entonces que respecto de esa síntesis, forma en mi análisis un paralogismo; confrontar los argumentos de la imputación y confrontar los argumentos que condenan son básicamente cuestiones diferentes, en la proporción en que la decisión que acusa proviene del persecutor de la acción penal y la sentencia viene del Órgano discrecional y jurisdiccional del Estado; en el primer supuesto existe una imputación –que viene a estar supeditada a las garantías vigiladas por el Juez de Investigación Preparatoria- y en el segundo supuesto existe una resolución. En consecuencia, debiera analizarse -como derecho de quien obtuvo sentencia condenatoria- es la determinación de la condena. (Salas, 2011, p.51).

Como tal el tema de fondo se encuentra en que el derecho a cuestionar la decisión condenatoria es una propiedad jurídica fundamental (un derecho humano) garantizado -en el desarrollo de la democracia de los países- a favor del sentenciado con resolución condenatoria, que se encuentra imposibilitado (por la esencia confrontacional y la garantía de imparcialidad judicial) generarse de oficio ni debiera bloquearse por el colegiado jurisdiccional hasta hacer imposible su materialización o transformarse en inverosímil su aplicación (aunque es cierto que el cuestionamiento -y posteriormente la posibilidad de que sea otorgada- de todos los recursos impugnatorios legalmente se encuentran supeditados a requerimientos establecidos por la norma que debieran ser fundamentados en un razonamiento lógico, que no los transforme en inexistentes y sin uso. (Salas, 2011, p.51).

#### **b) La condena del absuelto en la Casación N° 195-2012-Moquegua**

La Sala Penal Permanente de la Suprema Corte, con fecha 05 de setiembre del 2013 expide una sentencia de casación en la cual ensaya algunos razonamientos en atención a la condena del absuelto. Lo que ha hecho la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte es justificar o legitimar la presencia de la condena del absuelto dentro del ordenamiento procesal penal peruano.



La condena del absuelto, tiene como finalidad **lograr la eficiencia en la administración de justicia**. Es innegable que la condena del absuelto sería muy útil, toda vez que en los casos donde tenga que aplicarse se evitarían dos cosas: En primer lugar, que se tenga que estar declarando la nulidad de las sentencias absolutorias de primera instancia, por supuestos vicios en la motivación; y en **segundo lugar**, se evitarían los reenvíos *ad infinitum* de la causa penal, lo que finalmente genera dilación en la tramitación del proceso penal e impide una respuesta de la justicia penal oportuna y eficaz en beneficio de los agraviados por el delito. Por tanto, su utilidad es manifiesta; pero aparte de su utilidad, la condena del absuelto **también es legítima** (ya que persigue un fin constitucionalmente legal como base de la inferencia en la esfera de otro principio o derecho -doble instancia-) y protege intereses de orden público. (Vargas, 2015, p.105).

El asunto no se agota en determinar en qué supuestos el *Aquem* ha condenado alterando sustancialmente los hechos probados, sin que haya existido una reconsideración probatoria basada en la inmediación durante el juicio de apelación; ya que pienso que el problema subsistiría cuando esa alteración de los hechos probados se realiza en base a la exanimación de **nuevos medios de prueba** actuados en el juicio de apelación, pues en puridad, se produciría una primera (nueva) valoración, que ya no podrá ser materia de revisión por encontrarnos en segunda instancia. (Vargas, 2015, p.106).

La solución no pasa por decir que la condena del absuelto se justifica porque es legal y en virtud a ello, la Sala Penal de Apelaciones puede condenar, al acusado absuelto en la primera instancia, pues ello, implica tener una visión muy sesgada del problema.

Se reconoce que la condena del absuelto se opone al derecho constitucional a la instancia plural, el núcleo problemático se encuentra en establecer si el derecho a la pluralidad de la instancia en materia penal implica: doble conforme o simplemente doble instancia al margen de quien cuestione la primera decisión.

El recurso de casación, es de carácter extraordinario, por las razones tasados en los que procede, y por tanto limitado, que sólo se resuelve sobre la aplicación del derecho al supuesto específico, dando por establecida la situación de hecho fijada en la sentencia, no constituyendo por tanto una nueva instancia.

Como se puede apreciar de los propios considerandos de la Casación, existe mucha confusión al tratar la institución de la condena ce absuelto, pues en muchos de sus considerandos se reconoce que la misma vulnera la doble instancia (y, en ciertos casos, también puede conllevar la vulneración del principio de inmediación); que esa vulneración ha sido reconocida, rechazada y sancionada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, desconociendo sus propios fundamentos señalan que la condena del absuelto, establecida por las normas procesales materia de examen, caso contrario no es per se incompatible con nuestra Constitución Política del Estado. Luego, pese a pretender esbozar razonamientos que justifiquen la condena del absuelto, no han señalado cuál es o sería el mecanismo procesal que permita compatibilizar coexistencia de la condena del absuelto con el derecho a la doble instancia a efectos de que esta última no se vea vulnerada, resulta ser confusa, resulta ser confusa, además de incompleta, ya que no se abordó el tema de la condena del absuelto y la doble instancia, y si dentro de esta se encuentran, el doble conforme y el doble grado de jurisdicción o tan solamente este último (Vargas, 2015, p.110).

En el décimo tercer fundamento de derecho de esta sentencia casatoria, el Tribunal Supremo Penal señala que, conforme a lo establecido por el inciso 2 del artículo 425 del CPP, y teniendo en cuenta que el legislador se inclinó por la protección por la mediación, que queda reflejada en la necesidad de impedir que se otorgue distinta valoración de la prueba personal que fue materia de inmediación por el *A quo*, la opción de condena en segunda instancia es permisible en los siguientes supuestos (Reyes, A., 2018, p.20-21)

- i) La resolución que decide la condena emitida por el *Ad quem* se resuelve modificando las valoraciones probatorias de las pruebas: pericial, documental, preconstituida o anticipada, que se construye en estos medios probatorios no requieren de forma imprescindible de inmediación;
- ii) La resolución que decide la condena emitida por el *Ad quem* se resuelve modificando las valoraciones probatorias de las pruebas – que en inicio se prohíbe -, en base a la actuación de medios de prueba en la instancia del *Ad quem* que cuestiona su valor probatorio. Aquí, el cuestionamiento de que no exista inmediación se justifica en razón de que en coordinación con los medios de prueba en segunda instancia, el órgano *ad quem* si presenta mediación; y,

- iii) Un tercer supuesto, aunque no se encuentra directamente en relación a la mediación, podría ser la decisión condenatoria del *Ad quem* con la finalidad de corregir los errores de derecho.

Según la postura de nuestra Suprema Corte se establece la posibilidad de la condena del absuelto, sin embargo se reconoce que no es posible impugnar de manera correcta esta decisión, que además causa agravio al procesado ahora condenado

El caso de que en algunas posibilidades se haya generado la posibilidad de flexibilizar el recurso de casación penal en coordinación con las reglas que se establece en nuestra norma adjetiva, esto es, por medio del ingreso legal de la casación excepcional o discrecional (recurso con finalidad casacional). Al igual que nuestra Suprema Corte ha tomado para sí en las posturas de su jurisprudencia algún alcance del principio *iuria novit curia*, el sentido de la voluntad impugnativa o la denominada “casación oficiosa”, no establece en ningún sentido que dicho el mencionado medio impugnatorio se convierta, como por arte de magia, en un recurso para impugnar intraproceso con carácter ordinario, que permita una revisión integral y amplia. En otras palabras ni la casación excepcional, la doctrina de la inclinación impugnativa, ni la casación oficiosa pueden convertir al medio impugnatorio extraordinario de casación de materia penal en una clásica apelación, que pueda establecer una salida constitucional y supranacional para la figura jurídica de la condena del absuelto, pues aquella decisión condenatoria no podría ser cuestionada por ninguna instancia de debate y de mérito. (Nuñez, 69, p.41)

#### **c) La condena del absuelto en la Casación N° 499-2014-Arequipa**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en marzo del año 2016 resuelve, en la Casación N° 499-2014-Arequipa que la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las atribuciones de la Sala de Apelaciones frente al medio impugnatorio respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del CPP.

En la mencionada resolución, nuestra Corte Suprema señala, con respecto a la condena del absuelto, que el inciso 3 del artículo 425 del CPP indica los diversos poderes que posee el Juez de Alzada frente al medio impugnatorio interpuesto hacia la resolución emitida por el *Aquo*. El literal b) de la citada norma establece que si la resolución emitida por el *Aquo*

absuelve es posible resolver condenatoriamente estableciendo las sanciones penales y reparación civil que se han adecuadas o indicar a la decisión que absuelve una causa diferente a la establecida por el Juez.

Dicha casación menciona que la normatividad indicada ha causado una serie de pronunciamientos a nivel jurisprudencial y doctrinario en cuanto a su constitucionalidad y viabilidad. Por ejemplo, la sentencia establecida en el expediente número 2008-01403-87-1308-JR-PE-1, otorgaba por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que modifico la resolución absolutoria del *Aquo* y reformándola condenó al acusado. En contra se puede citar la sentencia recaída en el expediente número 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que señaló que sentenciar al que recibió una sentencia absolutoria pone al Tribunal Superior en una posición especial: decidiría entonces en la sentencia una *reformatio in peius*. Por ello, declaró no aplicable, a este supuesto específico, el apartado b) del inciso 3 del artículo 425 del CPP, elevando en consulta su decisión.

Lo mencionado produjo que Corte Suprema se pronunciara en la Consulta número 2491-2010-Arequipa, del 14 de septiembre de 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, señaló que la condena del absuelto no lesiona de ninguna manera la tutela que se establece en la doble instancia, pues reconoce circunstancias de igualdad en tanto que a la parte que se acusa como a la parte acusadora, por lo que desaprobó la resolución consultada. En esa línea, la Sala Penal Permanente emitió pronunciamiento en la resolución de Casación N°195-2012-San Martín, del 05 de septiembre de 2013, que determinó que la condena del absuelto es posible sobre la base de actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, ya que no afecta el derecho a recurrir, por la posibilidad de acudir en casación, además, que no afecta la inmediación. Asimismo, estableció supuestos por los cuales es posible condenar al absuelto:

- i) Cambio de valoración de prueba que no requiere inmediación.
- ii) Cambio de tasación de los medios de prueba de cada uno, por la realización de la prueba en calificación del *Ad quem*.

- iii) Corrección de errores de derecho, lo que se estableció como doctrina jurisprudencial.

Pese a todo este desarrollo, la decisión sobre el fondo fue declarar nula la sentencia de vista y de primera instancia, por afectación de la inmediación y motivación de las resoluciones, respectivamente. Este parecer tuvo eco en la sentencia de Casación N° 40-2012-Amazonas, del 19 de septiembre de 2013, que reafirma la constitucionalidad de la condena del absuelto y, pronunciándose por el fondo del asunto, absolvió al recurrente.

La Corte Suprema señala que posterior a ello, los pronunciamientos de la Sala Penal Permanente se fueron morigerando. La sentencia de Casación N° 280-2013-Cajamarca, del 13 de noviembre de 2014, indica que al producirse la condena del absuelto se le deja al condenado sin un recurso eficaz, pues la Casación es muy restringida. En consecuencia, se debe crear un órgano jurisdiccional que obtenga competencia para hacer posible un juicio integral de hecho y derecho sobre los aspectos que fundaron una decisión que condena que en segunda instancia modifica una absolutoria. Por esto es que se declara nula la sentencia de vista y de primera instancia por lesión al derecho a la motivación.

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

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

N° 542-2014-Tacna, del 14 de octubre de 2015 y repetidas como doctrina jurisprudencial en la Casación

N° 454-2014-Arequipa, del veinte de octubre de 2015.

En todas las sentencias se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación, que es extraordinario, limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria, vicios procesales, cuestiones de hecho y derecho, como lo exige la normativa (artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009), que sí se satisfacen con el recurso de apelación.

En consecuencia, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Mohamed vs. Argentina, del 23 de noviembre de 2012, al declarar al Estado argentino como responsable por la lesión del derecho a impugnar la decisión, establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la inexistencia de un recurso judicial que garantice el examen de la decisión condenatoria [...] y el uso de medios impugnatorios judiciales que no pueden proteger ese derecho a impugnar la decisión judicial implicaron la falta del cumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno asegurando la garantía judicial. En el mismo sentido se puede ver en la Observación General N° 32, del 23 de agosto de 2007, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

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

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

Sin embargo, la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del CPP y esta Corte Suprema que lo hizo en las sentencias Casatorias N° 385-2013-San Martín y N° 40-2012-Amazonas. Incluso en el Código de Procedimientos Penales, que prohíbe la condena del absuelto por exigencias de inmediación, también prevé que se confirme la absolución.

Esto es así pues la presunción de inocencia es un principio que informa todo el proceso penal, orienta su actividad y le establece reglas:

- i) De tratamiento del imputado.
- ii) Probatoria.
- iii) De juicio.

La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio, así, si es que la parte acusadora no logra acreditar sus afirmaciones al no existir medios de prueba suficiente, se deberá absolver al procesado, asimismo, si existe tanto prueba de cargo como de descargo y el Juez no llega a la convicción, absolverá por el principio *in dubio pro reo*.

Con mayor razón, si se establece que existe prueba de la inocencia o el hecho es atípico, justificado, no culpable o no concurre una condición objetiva de punibilidad (lo que tiene relación con el principio de legalidad), se deberá absolver al procesado conforme al artículo 2, inciso 24, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

Esta facultad puede ser ejercida incluso por la Corte Suprema en sede de casación para no afectar al procesado que debe ser absuelto, pues de otra forma se vulneraría el principio de plazo razonable, que es un derecho para el procesado de que el tiempo en que se ve involucrado en un proceso penal, teniendo la carga de comparecer al proceso, no sea indefinido, o dure más allá de lo razonable, para analizar esta se deben valorar tres criterios:

- i) La complejidad de la causa (número de cargos, procesados, agraviados, testigos, medios de prueba, la gravedad del ilícito, otras condiciones que harían demorar el trámite del proceso).
- ii) Actividad del agente estatal (Juez, Fiscal).

iii) Actividad de la defensa del inculpado.

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

#### **2.2.1.4.1. EL DEBATE EN SEGUNDA INSTANCIA NO PUEDE SUSTITUIR AL DEBATE EN EL JUICIO ORAL**

En concordancia con el CPP, se hace posible que el *A quem* califique y analice la resolución cuestionada judicialmente, se haya resuelto absolviendo o condenando, haciéndose posible no sólo poder cuestionar una decisión que absuelve, sino también modificarla para que, pueda cambiar el sentido de la decisión judicial, se pueda decidir condenando en el fallo del *Ad quem*, esta regulación normativa que busca favorecer los intereses de nuestra sociedad, en un sentido general, y que se relaciona de la misma manera con la víctima, en un sentido concreto, en este sentido el derecho a la instancia plural no es solo propio del procesado, tutelándose entonces el principio de igualdad. (Núñez P., 2013, p.34)

En el mismo razonamiento debe de tutelarse el principio de inmediación y el de la oralidad, entonces se establece, como un acto necesario, que concurren con obligatoriedad de la parte que cuestiona la resolución a la audiencia de que celebra el *Ad quem*, estableciéndose la inadmisibilidad del recurso de apelación cuando se genere alguna inasistencia que no pueda justificarse por la parte interesada. (Núñez P., 2013, p.34)

En concordancia esta opción que se concrete el derecho a un proceso penal en medio de un tiempo específico, también llamado como el derecho a un proceso penal sin demoras no debidas, derecho que también es propio de la víctima del delito, y también el derecho a la tutela procesal efectiva en su del sentido del derecho de acceso a la justicia con la ratio de evitar la impunidad. (Núñez P., 2013, p.35)

Como resultado de la apelación no establece que se conforme un segundo proceso en harás de los mismos hechos, por el contrario se establece que es un medio por el cual la jurisdicción examina un fallo del juez de primera instancia, reexamen que se deberá realizar como parte del mismo proceso en el que se ha resuelto la decisión impugnada.



Es necesario recordar que el derecho a la instancia plural nace del interés del Estado que no se cometan nuevos errores judiciales.

Entonces el legislador decide generar medios de impugnación de fallos que absuelvan, con la finalidad de poder proteger la verdad procesal y la justicia en medio de este proceso, que en este supuesto sería favorable para la sociedad y la víctima.

Así mismo, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen dentro de sí la negativa de que los ordenamientos jurídicos de las Naciones parte indiquen la imposibilidad de impugnar una decisión judicial absolutoria en materia penal.

La Sala Penal Superior de Apelaciones de Arequipa, mediante el Exp. N° 2008-12172-15 (imputado Jorge CCANAHUIRE ADCO), decidió en sede de segunda instancia inaplicar, ejerciendo el control judicial de constitucionalidad del control difuso, el artículo 425.3.b del CPP, esto es, en cuanto se señala la posibilidad de poder revocar una sentencia absolutoria de primera instancia para que sea reformada por una condenatoria, se haga posible que una instancia suprema de juzgamiento en examen, por colisionar con el derecho a la instancia plural que regula el artículo 139°.6 de la Constitución, ordenándose que se eleve en consulta esa decisión, en esta audiencia de apelación de sentencia, el imputado absuelto tuvo la calidad de contumaz por su no presencia física, no impidiéndose con ello que se lleve a cabo el juzgamiento y la actuación probatoria.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Consulta Ne 2491-2010-AREQUIPA, decidió desaprobando la resolución judicial que fue materia de consulta, al no advertirse del análisis del artículo 425Q.3.b del CPP colisión alguna con el derecho a la instancia plural.

Además, se le debe cuestionar lo que en realidad regula el artículo 139°.6 de la Constitución Política del Estado no es el derecho a la doble instancia sino el derecho fundamental a la instancia plural, no precisándose cuántas deben ser estas (Madrid, p.13-19).

Resulta interesante y muy importante analizar cuáles son las implicancias que generan la admisión, actuación y valoración de prueba nueva en la segunda instancia, respecto de la condena del absuelto. En efecto, el artículo 424° del CPC (audiencia de apelación) señala que: “...En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean

aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia”. Lo que nos lleva a inferir que no solo habrá juicio oral en primera instancia para determinar la responsabilidad penal de los acusados, sino que también el superior jerárquico contara con un juicio para poder revisar la sentencia de primera instancia. (Vargas, 2015, p.71)

Sin duda, una primera limitación que podemos encontrar en el juicio de apelación es la limitación probatoria que impone la segunda instancia. Así, en el marco de la apelación, sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o inocencia, pudiéndose ofrecer pruebas que reúnan as siguientes características: prueba nueva, prueba indebidamente rechazada y prueba admitida pero no actuada en primera instancia. (Vargas, 2015, p.71)

Que sea el mismo órgano jurisdiccional que va a sentenciar el que admita los medios de prueba, ya que como se expresó en líneas anteriores, cuando se analizó el principio de imparcialidad judicial, el hecho de que sea el mismo órgano jurisdiccional él que tenga que admitir los medios de prueba que luego tendrá que valorar, implica en si una manera muy grotesca de soslayar el principio de imparcialidad judicial; ya que si dichos medios de prueba serán calificados y admitidos por el mismo órgano jurisdiccional que sentenciará, entonces se conculcará el principio de imparcialidad judicial. (Vargas, 2015, p.73)

Queriendo garantizar el principio de inmediación judicial no sería suficiente que la actuación probatoria se haga posible frente a la figura de cualquier órgano judicial, sino que debería realizarse justamente frente al juzgador que va a resolver.

Con relación a la apelación, con ofrecimiento de medio de prueba, se debe precisar que el modelo que acoge nuestro sistema procesal penal es el de apelación limitada, semiplena o de motivos limitados, (Pérez, S., 2005) por cuanto, sólo se actuarán en segunda instancia los medios de prueba nuevos que se hubieran admitido en la fase de apelación. La prueba en la apelación no consiste, pues, en repetir toda la prueba del juicio oral de la primera instancia, sino en complementar esa prueba, de modo que, el *Aquem*, a la hora de decidir el recurso, se puede encontrar con que parte de la prueba se practicó ante el juez de primera instancia y parte se ha practicado ante él (Vargas, 2015, p.78). El *Aquem* no puede variar los hechos declarados probados en la primera instancia, ya que existen

hechos inmutables para él, y sobre esa base deberá entonar o encuadrar los medios de prueba nuevos producidos en su instancia.

## **2.2.2. DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL.**

### **2.2.2.1. La instancia plural. Derecho a un recurso amplio e integral**

El derecho a la instancia plural es una protección del debido proceso, en el sentido que con él se busca que lo establecido por un juez “A Quo”, pueda ser examinado por un órgano judicial, y de esta manera se haga posible que la decisión sea materia de un doble pronunciamiento jurisdiccional. Sin que de ello se entienda ningún nivel de subordinación o dependencia de las instancias inferiores respecto de las instancias superiores, en razón de ello que todos los jueces y tribunales son autónomos en la aplicación de su función jurisdiccional (Salas, 2011, p.23).

La garantía de la instancia plural “posee de una tutela especial para el imputado, cuando se aprecia y reconoce que todos los individuos a los que se les ha dado la posibilidad de sentenciar con un reproche penal posee la facultar de acceder a un examen respecto de su legalidad y justicia sobre la decisión judicial, lo que nos colocar en una posición donde, en realidad, los medios impugnatorios penales actúan especialmente buscando favorecer al procesado; sin embargo, no sucede la misma situación para los otros sujetos del proceso, ya que en otras legislaciones el derecho a la instancia plural se recorta y en otros supuestos no se garantiza su acceso (...)” (Vargas, 2012, p.267-268)

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el derecho a la instancia plural tiene por finalidad tutelar que los individuos, personas naturales o personas jurídicas, que sean parte en un proceso penal a nivel judicial obtengan la opción de que lo decidido por un juez o un colegiado pueda ser examinado por un órgano jerárquicamente superior y de la misma naturaleza, siempre que se haya usado de los medios impugnatorios pertinentes que establece la ley, interpuestos además dentro del plazo legal (STC Exp. N° 4235-2010-HC).

La Constitución Política del Estado, ampara en su artículo 139 numeral 6 la pluralidad de instancia como uno de los derechos y principios fundamentales de naturaleza legal, asociados a la función jurisdiccional. La pluralidad de instancias es aquella garantía que reconoce a todo los intervinientes del proceso la opción de impugnar o pedir a un

juzgado revisor el nuevo examen de una decisión judicial que finaliza una instancia (Oré, G., 2011, p.96). La pluralidad de instancias otorga -a los legitimados por ley- las opciones legales de cuestionar o solicitar la revisión de las decisiones que finalizan el proceso sin establecer el número de instancias superiores que deben existir, (San Martín, p.934).

Todos los individuos a los que se les ha condenado judicialmente obteniendo una sanción punitiva tiene derecho a un examen de su legalidad y justicia de la decisión tomada por el órgano judicial, lo que nos pone a pensar que, en realidad, los medios impugnatorios penales operan especialmente a favor del imputado (Jurídica, 2010, p. 14).

Ahora bien, el derecho a tener acceso a un medio impugnatorio efectivo implica la facultad de todo sujeto procesal, a excepción del operador jurídico, de solicitar la revisión de una decisión judicial que le causa agravio, ya sea por el mismo órgano emisor o por otro superior de la misma naturaleza, bajo las condiciones de legalidad, legitimidad, tiempo y forma señaladas en la norma legal (Benavente, 2013, p.270).

Se ha afirmado que el citado derecho tiene concordancia con el derecho fundamental a la defensa (STC Exp. N° 4235-2010-HC). Ello implica reducir la importancia del derecho a la impugnación y lamentablemente ha sido el fundamento para que el órgano revisor supla la deficiencia de motivación del imputado-impugnante.

La garantía de acceder a un recurso efectivo no se reduce únicamente al imputado o su defensor, sino se extiende a toda parte del proceso penal que, en ejercicio de su derecho a acceder a un recurso efectivo, haya interpuesto un medio de impugnación; tampoco se agota en saber si se analizó o no la configuración de los elementos del delito, sino que, de las actuaciones procesales que tiene conocimiento el órgano revisor se puede deslindar una violación a los derechos fundamentales, háyase o no invocado por el impugnante (Benavente, 2013, p.271).

Esta potestad de oficio es armónica con el principio de congruencia, que permite al tribunal revisor, no ser solamente congruente con lo pedido, en este caso, por el impugnante, sino con las funciones de garantía, protección y corrección del ordenamiento jurídico, máxime si está en juego derechos fundamentales. (Benavente, 2013).

La garantía que posibilita tener acceso a un medio impugnatorio efectivo descansa en el supraderecho a un debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución). En efecto, el

debido proceso es el conjunto de reglas mínimas de actuación procedimental y cuya razonabilidad estriba en dotar de seguridad jurídica los pronunciamientos de los órganos judiciales (incluyendo las del Ministerio Público). Luego entonces se puede hablar de un género jurídico que abarca subprincipios procesales como el de la defensa, contradicción, publicidad, igualdad procesal, impugnación, entre otros (Benavente, 2013, p.272).

El Pacto de San José regula el derecho de acceder a un recurso efectivo el contenido esencial del derecho esto es, la presencia de decisiones que ineludiblemente deben ser recurribles (STC Exp. N° 4235-2010-HC):

- a) La decisión judicial que otorgue una condena penal.
- b) La sentencia penal que sancione directamente con una medida específica de coerción personal.
- c) La decisión otorgada en un proceso diferente del penal, con excepción de que haya fuese dada por un órgano jurisdiccional colegiado y no recorte o lesione el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- d) La decisión emitida por órgano jurisdiccional en un proceso diferente del penal, con finalidad de terminar dicho proceso, con excepción de que haya fuese dada por un órgano jurisdiccional colegiado y no recorte o lesione el contenido esencial de algún derecho fundamental.

En resumen, el reexamen implica una declaración de la parte afectada, buscando la revisión de un pronunciamiento judicial, por parte del mismo órgano que lo emitió o de su superior en grado, por afectar sus intereses o pretensiones; sobre la base de un incorrecto análisis jurídico, o bien de una deficiente valoración de la prueba, o simplemente la inobservancia de normas procesales, bajo sanción de nulidad (Benavente, 2013, p. 274)

En ese orden de ideas, todos los medios de impugnación de las resoluciones judiciales tienen como objetivo, evitar vicios y errores en ellas, y que se minimice la posibilidad de una resolución injusta.

Se enmarca modernamente por la jurisprudencia el derecho al recurso judicial dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, tutela que se violenta al cerrarse al ciudadano la

posibilidad de interponer un recurso rodeándolo de obstáculos indebidos o desproporcionados.

Nuestro sistema no acoge el sistema de legislación plena, en el sentido de que tendría que repetirse de manera integral todo el juicio oral en segunda instancia; por el contrario, lo que se acoge es el sistema de apelación de motivos limitados, ya que el recurrente tendrá que señalar los extremos de la resolución que le causan agravio y cuál es ese agravio, admitiéndose sólo los medios de prueba “nuevos” que se regulan en el artículo 422.2 del Código Procesal Penal (Vargas, 2015, p.21-22).

Eugenia Ariano señala que el hecho que la actual Constitución regula la instancia plural como un principio y derecho de la función jurisdiccional, “impide al legislador ordinario regular procesos a instancia única” (ARIANA DEHO, 2003, p. 393-404). Por otro lado, los recursos impugnatorios constituyen el control de los actos del Poder Judicial. En esta orientación la mencionada autora precisa que “la posibilidad de un proceso que se articule ante más de un juez permite que el ‘poder controle al poder’, evitando así la posibilidad de que una resolución agravante a los intereses de la parte devenga inmediata e irremediablemente firme” (ARIANA DEHO, 2006, p. 516). Desde esta perspectiva, de cara a la tutela de los derechos y a la proscripción de la arbitrariedad del ejercicio de poder del juez, el recurso de apelación se constituye en un eficiente control intra sistémico de la función jurisdiccional (Vargas, 2012, p.23)

En una eventual condena al absuelto, este sólo podrá interponer el pedido de aclaración o corrección material y recurso de casación, siempre que cumpla los requisitos establecidos para su admisión (artículo 425.5), mas no el recurso de apelación o revisión del juicio de culpabilidad para el ahora recientemente condenado, vulnerando de esa manera el derecho a la pluralidad de instancias.

La decisión de no haber lugar al recurso casatorio por parte del Colegiado Supremo, se emite sin la realización de un juicio de mérito previo, ni segunda instancia respecto del condenado absuelto en primera instancia, con lo que se afianza la vulneración al derecho de Igualdad debido a que el sentenciado por la Sala Penal Superior, no se encontrará en igualdad de condiciones e igualdad de armas respecto del sentenciado por un Juzgado

Unipersonal o Colegiado de primera instancia, que tendrá la opción de revisión en instancia de mérito (Salas,2011, p25-26).

El recurso de apelación es consecuencia directa del principio de la doble instancia, en virtud del cual las resoluciones de los jueces inferiores, pueden ser examinadas por un órgano jurisdiccional colegiado. Este recurso impugnatorio ha de determinar un nuevo estudio del problema que plantea la resolución, en donde la parte que se considera agraviada con la resolución, tiene que rebatir los argumentos contenidos en la resolución inferior (Salas,2011, p.27-28).

Para las apelaciones, el juzgado “A quem”, se convierte en uno con amplias facultades de decisión, pudiendo incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la audiencia de apelación y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas (Neyra, 2010, p. 389).

Tales limitaciones se plasman en los momentos de la actividad probatoria como en el ofrecimiento, admisión y la valoración de los medios probatorios en sede Colegiada Superior, donde resulta que por la regulación del NCPP no se garantiza el debido proceso de revisión de la decisión del antes absuelto y ahora condenado.

En segunda instancia el control de admisibilidad los realizan los jueces superiores (no hay juez de garantías o juez de investigación preparatoria), dado que los jueces que admiten, ahora valoran la prueba, convirtiéndose en jueces que aprueba la actuación de los medios bajo exigencias de utilidad, utilidad y pertinencia y respectiva idoneidad.

La condena del absuelto sería muy útil, toda vez que en los casos donde tenga que aplicarse se evitarían dos cosas: En primer lugar, que se tenga que estar declarando la nulidad de las sentencias absolutorias de primera instancia, por supuestos vicios en la motivación; y en segundo lugar, se evitarían los reenvíos ad infinitum de la causa penal, lo que finalmente genera dilación en la tramitación del proceso penal e impide una respuesta de la justicia penal oportuna y eficaz en beneficio de los agraviados por el delito (Vargas, 2015, p.156).

Luego, si con la condena del absuelto se pretende alcanzar la eficiencia en la administración de justicia, mediante la optimización de la tutela judicial efectiva, entonces quiere decir que dicha institución, prima facie, si protege intereses de orden público. Sin

embargo, también observamos que su aplicación genera la vulneración o intervención en el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es, el derecho al recurso amplio e integral contra una sentencia condenatoria (y su garantía: La doble instancia). En efecto, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional, se convierte en una limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos y, por tanto, entra en conflicto con algún otro principio constitucional (Vargas, 2015, p.156).

En síntesis, si lo que se busca en todo proceso penal es encontrar la verdad concreta, histórica o real, para luego (si se determina la responsabilidad penal del autor) aplicar el *ius puniendi* estatal, entonces no se debe perder de vista que la pena debe ser aplicada de manera inequívoca e infalible; es decir, se debe imponer a quien realmente resulto ser autor del hecho, ya que hacer lo contrario (empezar a condenar a inocentes) negaría las bases existenciales del proceso penal y del Estado Constitucional de derecho. Y esto definitivamente pasaría, si en base a la condena del absuelto, cualquier justiciable podría ser erróneamente condenado en segunda instancia, sin tener la oportunidad de que su sentencia condenatoria sea revisada de manera integral por otro órgano jurisdiccional, ergo una mala apreciación sobre los hechos y/o prueba (sobre todo si existe prueba nueva actuada en segunda instancia), podría conllevar a la Sala Penal de Apelaciones a condenar a un inocente, sin que este pueda hacer uso de su derecho a impugnar la resolución que lo agravia y que esta pueda acceder a ser revisada de manera amplia e integral (Vargas, 2015, p.159).

Tendríamos que implementar algún mecanismo o recurso procesal que permita alcanzar al condenado la revisión de su condena (que en rigor es la primera), tanto en el derecho como en los hechos. En este sentido, el único recurso dentro de nuestro sistema procesal penal que permite la revisión de una condena, tanto en el derecho como en los hechos, resulta ser el recurso de apelación, que de hecho constituye el recurso que por naturaleza permite alcanzar la doble instancia (Vargas, 2015, p.160).

En la aplicación de la condena del absuelto, el doble grado de jurisdicción no coincide con la doble conformidad judicial; o lo que es lo mismo decir, en la condena del absuelto, sólo se garantiza el doble grado de jurisdicción, pero se desconoce la doble conformidad judicial.



A criterio del Tribunal Constitucional, y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra: a) La sentencia que le imponga una condena penal; b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida sería de coerción personal; c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental; y d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental (Vargas, 2015, p.160). En efecto, forma parte del contenido esencial del derecho a la doble instancia el recurso amplio e integral contra la sentencia que imponga una condena penal. Esto además se ve corroborado con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la misma que señaló: “En este sentido, el Tribunal ha señalado 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. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida (CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA)”.

Por el contrario, la aplicación de la condena del absuelto implica el reconocimiento para los condenados sólo del doble grado de jurisdicción, ya que tienen la posibilidad de que se realicen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero (Vargas, 2015, p.164).

El derecho a la doble instancia, en el supuesto de la condena del absuelto, no solo implica que el fallo y la pena sean revisadas por otro órgano jurisdiccional, sino que además importa que la condena impuesta sea objeto de una confirmación judicial; es decir,

importa alcanzar la doble conformidad judicial, la misma que se expresa mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión amplia e íntegra del fallo condenatorio y de la pena, consiguiendo con ello otorgar mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brindar mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; por lo que, nosotros consideramos que este es el aspecto material de la doble instancia (Vargas, 2015, p.165).

No solo basta con el doble grado de jurisdicción (aspecto formal), sino que debe garantizarse el cumplimiento del doble conforme judicial (aspecto material) como expresión o manifestación del derecho al recurso amplio e integral.

Como vemos, el núcleo problemático reside en esclarecer si el derecho a la pluralidad de la instancias en materia penal implica un doble conforme, o simplemente una doble instancia al margen de quien impugne la primera decisión; y en el primer caso, si nuestro sistema procesal de impugnación habilita la posibilidad de mantener la condena del absuelto (Sánchez, 2015, p.69).

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución tiene dicho en el Expediente N° 3261-2005-PA/TC, que el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Salas, 2011, p.32).

Así mismo, tiene dicho que “el problema relativo a cuales y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2, inciso 24, literal a), de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador (Salas, 2011, p.32).

Conforme lo expresado por el Tribunal Constitucional, podemos colegir, que el objeto directo de vulneración, es la restricción del derecho a impugnar la súbita sentencia

de condena en segunda instancia, y en consecuencia para que en las mismas condiciones el ahora condenado en virtud del principio indicado tenga un juicio similar a aquel en que se encontró por vez primera su condena, es así que la apelación en la estructura del NCPP, se encuentra dentro del libro Cuarto “La Impugnación”, en el cual, el legislador de 2004, ha establecido los 4 tipos de recursos ya indicados que permiten la corrección de los posibles errores en los que pueden incurrir el órgano jurisdiccional, representado por el operador, que es un ser humano quien más allá de actuar con legalidad e imparcialidad se encuentra expuesto a la comisión de errores conscientes e inconscientes, por los que recurrir al órgano jurisdiccional superior, convierte al supuesto agravio sufrido inicialmente, en uno que sea reparable, asegurando la aplicación correcta y uniforme del Derecho (Salas, 2011, p.33).

La limitación de la impugnación a través del medio idóneo (la apelación) al condenado por primera vez, configura por tanto la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del imputado.

#### **2.2.2.1.1. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS VULNERADOS POR LA APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO**

El sistema procesal penal peruano establece como modelo de apelación el mixto, tendiente al sistema limitado, por ello, cuando se impugna el fallo producto del juicio de culpabilidad, se instaura una nueva audiencia de apelación, esto en virtud de las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esa línea de entendimiento, un sistema de recursos que pretenda ser consistente con las garantías básicas debe construirse a partir de reconocer al juicio oral como elemento fundamental del sistema procesal penal cuya integridad y centralidad debe ser protegida. Si con el propósito de asentar la garantía del derecho a recurrir, se priva de sentido al juicio oral, se produce una desvaloración del debido proceso. Sistemas judiciales org.

Tanto el artículo 419.2 como el artículo 425.3.b del CPP, en cuanto se refieren a la condena al absuelto, colisionan con varias normas fundamentales; así el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específico para quien se le impone una

condena; y limita la ratio legis del legislador constitucional de 1993 en el artículo 139.6, puesto que para quien diseñó la Constitución a nombre del pueblo peruano, dentro de las reglas del pacto social, fijó la casación como una vía excepcional. En consecuencia, con la negación al ejercicio del derecho establecido en el artículo 139.6 de la Carta Fundamental, resulta también un riesgo de limitación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto al acceso a la justicia (Salas, 2011, p.44).

Con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos del sentenciado, proponemos la creación de la función de revisión de la condena del absuelto a los Jueces Superiores que conformen la Sala Superior Penal o en su defecto una Sala Superior Mixta o Civil, observando las reglas específicas para la apelación, quedando el recurso de casación expedito para ser interpuesto cuando así lo determinen los intereses de los sujetos procesales, luego de agotada la revisión de condena producida. (Salas, 2011, p.45).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la observación general N° 32, del 23 de agosto de 2007, señaló que:

El párrafo quinto del artículo 14 del PIDCP se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva, sino también si una condena impuesta por el tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando un tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el pacto, a menos que el Estado parte interesado haya formulado una reserva a dicho efecto (p.32).

Y por efecto de la cuarta disposición final y transitoria de la Carta Fundamental, que señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú; estas consideraciones tienen plena vigencia en el Perú.

#### **2.2.2.1.2. La condena del absuelto y la *reformatio in peius* en instancia plural**

La *reformatio in peius* es un principio general de los recursos, basado en el derecho a la tutela jurisdiccional, a la garantía de defensa en juicio y a la lógica acusatoria, así

como que el A quem solo se pronuncia por la jurisdicción que se le entrega y por los motivos que lo convocan.

Se trata de una regla general de la impugnación, por lo que aun cuando la ley solo mencione las penas puede extenderse analógicamente a la reparación de los daños e, inclusive, a las consecuencias accesorias. El principio comprende todas las consecuencias jurídicas del fallo.

Como vemos, la *reformatio in peius* vive en el ámbito de los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales y, básicamente significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona autorizada por la ley, en su favor (Ayán, 1969, p. 161). Pues, de esa manera, el fallo perjudicial “habría sido dictado sin jurisdicción y, además, afectaría de manera ilegítima la situación obtenida por el procesado merced a la sentencia -consentida por el Ministerio Público- de la instancia anterior (Maier, 1999, p. 590).

Nadie ignora que el procedimiento penal que emerge de la reforma europeo-continental del siglo XIX es un híbrido, que, aun mismo tiempo, pretende dar cabida al postulado inquisitivo básico (persecución penal estatal, de oficio) y a la regla principal del principio acusatorio (contradicción). Parece que, en aras de la seguridad jurídica, la base inquisitiva se satisface al obtenerse la primera decisión judicial de mérito sobre la imputación (sentencia de condena o absolución), perdiendo terreno, hasta desaparecer casi totalmente durante el procedimiento, meramente eventual, de su impugnación. Al contrario, adquiere valor allí, súbitamente, el principio dispositivo: si nadie impugna la sentencia ella queda firme y satisface, plenamente, la necesidad del procedimiento judicial previo a la decisión de la causa y a la imposición de una pena. Del mismo modo, la existencia eventual de un recurso sólo provoca, en principio, el nuevo examen del caso sólo en relación al agravio (error o injusticia) expuesto en él y, de la misma manera, limita el conocimiento del tribunal A quem. Como se concibe la cosa juzgada parcial, el fallo recurrido queda firme en todo aquello que no constituye materia del agravio expuesto en el recurso. Así se logra la seguridad jurídica del recurrente, quien conoce que, a salvo la facultad de otros intervinientes para recurrir, su recurso fijará el tema decidendum y no

atribuirá al tribunal del recurso una posibilidad cognoscitiva más amplia que la puesta por él en juego (Maier, 1999, p. 592-593).

De otra manera, recursos perfectamente fundados no se interpondrían -aceptándose sentencias injustas- por temor a la agravación de las consecuencias (Ayan, 1985, p. 167).

Resulta necesario recordar que la garantía expuesta sólo juega en favor del imputado, pues los recursos interpuestos por el acusador “permitirán modificar o revocar la decisión aún a favor del imputado”. La razón de ser de la regla es sencilla: el proceso penal no es un proceso de partes, ni en él juega la autonomía de la voluntad de ellas o el principio dispositivo, a la manera de como ocurre en el procedimiento civil; el imputado no puede disponer íntegramente de su condena, ni aun en vía recursiva, motivo por el cual el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades posibles para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado (Maier, 1999, p. 594).

Finalmente, es posible, que el Tribunal A quem estime que el hecho punible merezca un título de condena distinto. El límite a esa desvinculación se encuentra en que (Benavente H., 2013, p. 294):

- a) Se respeten los hechos objeto del proceso;
- b) el delito sea homogéneo y no más grave que aquel por el que se condenó en la primera instancia; y,
- c) la pena no rebase lo pedido por las partea acusadoras. El respeto a la correlación es fundamental, con lo que se garantiza el principio acusatorio, pero la desvinculación requiere como presupuesto tanto el conocimiento por el recurrido de las pretensiones del recurrente y que se otorgue la oportunidad de defenderse durante el procedimiento recursal, cuanto que el Tribunal plantea la tesis y que esta sea asumida por las partes acusadoras.

Hay un sector de la doctrina que señala que la condena del absuelto vulneraría la *reformatio in peius*, una reforma dañosa para el imputado (no apelante), que no tiene que ver ni con la duración de la pena privativa de la libertad, ni con la dimensión de la reparación civil de orden cualitativo; tampoco tiene que ver con la efectivización de una prisión precedentemente suspendida (Salas, 2011, p.46).

La *reformatio in peius*, consiste en la prohibición que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición de un recurso, de modificarla en perjuicio del imputado, cuando ella sólo hubiese sido recurrida por él o por otra persona autorizada por la ley, en su favor.

Clariá Olmedo, señala que la prohibición de la *reformatio in peius*, en cuanto regla de garantía que excluye la posibilidad de modificación de la sentencia dictada por el A quo en perjuicio del apelante o recurrente sin que haya mediado instancia impugnativa admitida de la parte contraria es corolario de la limitación del objeto del recurso a los agravios expresados, y tiene como fundamento la evitación de restringir con riesgos la facultad de poner en acto una impugnación (Clariá O., 1983, p. 304).

La prohibición de la *reformatio in peius* constituye un límite en dos sentidos: un límite jurisdiccional y un límite punitivo. Así el ejercicio de la actividad jurisdiccional del tribunal que conoce del recurso se ve limitado en cuanto el recurrente quedara a salvo de la posibilidad de que la función revisora exceda los términos en que formulo su recurso, es decir, los pronunciamientos de la sentencia impugnada que no fueron cuestionados quedan firmes, cuando no ha mediado impugnación de la contraria. Asimismo, y como efecto del anterior, la prohibición de la reforma peyorativa dirigida a los órganos del Estado que intervienen en la persecución penal, frente a la inactividad recursiva del Ministerio Público, implica que no se puede imponer una pena más gravosa que la emanada del proceso en la que se dictó la sentencia recurrida por el acusado (Ayan, 1969, p. 161). En este sentido, la interdicción de la *reformatio in peius* impone al tribunal que conoce del recurso una doble abstención: no pronunciarse sobre aspectos no cuestionados por el recurrente y no agravar la pena. (Vargas, 2015, p.56-57).

El fundamento de este instituto procesal, tributario del principio acusatorio, es garantizar al acusado la mayor libertad y tranquilidad para recurrir, que se obtiene cuando aquel tiene la certeza que nunca su propia actividad recursiva podrá perjudicarlo más que la propia sentencia impugnada.

La *reformatio in peius*, no resulta vulnerada por la condena del absuelto, pues ésta se produce (conforme se determinó en su iter procesal) por regla general e imperativo jurídico, solo y sólo si, la apelación de la absolución se interponga por el Ministerio

Público o por el agraviado. La *reformatio in peius* se materializaría si únicamente fuese el acusado quien apelara una sentencia condenatoria, y pese a que no existió impugnación de las otras partes (Ministerio Público y agraviado) el A quem, de oficio, decide agravar la pena impuesta en primera instancia, operando la reforma en peor (Vargas, 2015, p.58).

Conforme al principio de igualdad, un condenado en primera instancia judicial puede impugnar su condena por medio de un recurso ordinario, a fin de que pueda tener derecho a una revisión integral –y no sujeta a supuestos limitados o taxativos- de su sentencia, de la misma manera un condenado –recién y por primera vez-en sede de segunda instancia también debería tener el derecho fundamental a impugnar su condena a través de un recurso ordinario, a fin de garantizársele una revisión integral de la misma (Núñez, 69, p.27)

Peña Cabrera Freyre considera sobre este punto, que revocar la sentencia absolutoria, condenando al imputado, no viola garantía alguna, siempre y cuando el recurso de apelación haya sido interpuesto por el Fiscal, de esta forma se preserva la prohibición de “reforma en peor” y que las pruebas de cargo hayan sido debidamente introducidas al expediente y correctamente actuadas en el juzgamiento. En efecto, el principio acusatorio queda incólume, pues, el imputado se ha resistido a la imputación jurídico-penal, conociendo su contenido de antemano, y haciendo uso de sus derechos procesales fundamentales (defensa y contradicción). Por consiguiente, la facultad que se confiere al tribunal A quem, se condice con los principios generales del CPP (Peña, 2006, p.852)

A la parte civil “no le está permitido pedir o referirse a la sanción penal” (art. 57.2 del Código de procedimientos penales), y al actor civil “No le está permitido pedir sanción” (art. 105 del CPP de 2004). De modo que si el agraviado constituido en parte procesal ve que el imputado sale absuelto (o sobreseído) ello no es (jurídicamente) de su interés, en lo absoluto. Tanto menos cuanto que: “La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda” (art. 12.3 del CPP de 2004) (Chinchay, 2012, p. 290).



La reforma peyorativa se produce de varias maneras: tanto cuando hay un incremento indebido de pena o de reparación civil (reformas peyorativas cuantitativas, como cuando se varía indebidamente el cumplimiento de una pena privativa de libertad suspendida tornándola en pena de cumplimiento efectivo y también cuando se condena -sin derecho a revisión- a quien estuvo anteriormente absuelto (reformas peyorativas cualitativas), (Salas, 2011, p.46).

Se trata de una modificación de la situación jurídica del procesado, modificación nociva en tanto:

- a) el condenado se vea imposibilitado de ejercitar el derecho de apelar de la decisión condenatoria (negación de acceso al recurso).
- b) inexistencia de un procedimiento y una instancia que contemple la impugnación (negación de acceso al proceso). (Salas, 2011, p.47).

#### **2.2.2.1.3. La constitución de la actividad probatoria de la institución procesal de la condena del absuelto como tema vinculado a la presunción de inocencia. Vulneración del principio de igualdad**

Así como un imputado condenado en primera instancia ante el *A quo* tiene la posibilidad de cuestionar tal decisión a través del recurso ordinario de la apelación, originando con ello una audiencia o un juzgamiento de apelación ante la Sala Penal de Apelaciones, de la misma manera a un imputado recién condenado en segunda instancia ante el *A quem*, se le debería otorgar la posibilidad de cuestionar tal decisión también mediante el mencionado recurso ordinario de la apelación, por lo que, al otorgar el Código Procesal Penal la posibilidad de cuestionar exclusivamente la institución procesal de la condena del absuelto a través del recurso extraordinario de la casación penal, se viola el principio de igualdad. (Núñez, 2013, p.62)

El Código Procesal Penal permite, por medio de su artículo 423°.4, que el juzgamiento o la audiencia de apelación de la sentencia absolutoria se pueda llevar a cabo sin la presencia física del imputado absuelto recurrido, afectándose con ello no sólo el principio que obliga a que en todo juzgamiento se encuentre físicamente el imputado, sino que también se afectarían los principios de oralidad, de contradicción y de inmediación, ya que se permitiría la actuación o la producción probatoria justamente sin que el imputado se

encuentre presente en forma física. Esa posición significaría la reducción al máximo del derecho de defensa, ya que esta no sólo se manifiesta a través de la defensa técnica o letrada ejercida por el abogado defensor, sino que el mismo también se manifiesta por medio de la defensa material o de la autodefensa que la ejerce el propio imputado. (Oré G., 2011, p.191)

La posibilidad de realizar la audiencia de apelación y dictar sentencia condenatoria en ausencia del imputado, es la ejemplificación máxima de que en el juicio de apelación no se regula una audiencia oral y contradictoria, conforme a los principios bases del modelo acusatorio. (Oré G., 2011, p.114)

En un sentido de igualdad, así como el Ministerio Público y el actor civil tienen la posibilidad de cuestionar la sentencia absolutoria expedida en primera instancia, el imputado recién condenado en segunda instancia tiene el derecho fundamental a que su primera condena sea revisada en forma integral (Oré G., 2011, p.114).

Salas Arenas señala que el concepto “derecho a la pluralidad de instancias” y el concepto “derecho de revisión de la condena” no son idénticos; el primero supone la existencia de la posibilidad de revisión de las sentencias, cualquiera que fuera su sentido; el segundo se contrae al específico derecho del condenado a que la decisión de condena sea revisada por otro órgano y de superior jerarquía. 2. El segundo supuesto contenido en el artículo 425.3.b (Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez) es inconstitucional, y contrario a las normas fundamentales del debido proceso (SALAS ARENAS, Sobre la imposibilidad jurídica de la *reformatio in peius* en el juicio de revisión de la sentencia de absolución, s.f.).

Como hemos visto, existe una posición que sostiene que la institución procesal de la condena del absuelto debe no aplicarse porque vulnera el principio de la *non reformatio in peius*, principio también conocido como la prohibición de la reforma en peor, porque de acuerdo al contenido del principio de igualdad, el Ministerio Público al interponer el respectivo recurso ordinario de la apelación por considerar, en forma concreta, que la absolución es sinónimo de impunidad, el órgano jurisdiccional *A quem*, en principio,

estaría legitimado en revocar la mencionada absolución por una condena. (Núñez, 2013, p.73)

El principio de la *non reformatio in peius* sólo es a favor del imputado y no a favor del Ministerio Público, se invoca, en forma exclusiva y excluyente, cuando el único que ha impugnado una decisión jurisdiccional adversa sea el imputado, situación que no ocurre en la condena del absuelto.

#### **2.2.2.1.4. La condena del absuelto y la proscripción del doble juzgamiento del mismo hecho (*ne bis in ídem*)**

En ciertos estados de tradición acusatoria adversarial, se asume que si la primera instancia absuelve al imputado, el Estado, por medio del Ministerio Público, no puede impugnar esa decisión, porque la segunda instancia está reservada solo a beneficio del condenado y no en su perjuicio. Se entiende que permitir una segunda instancia al absuelto sería una manifestación de la proscripción del doble juzgamiento del mismo hecho.

Maier señala que “el principio *ne bis in ídem*, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido revocar un juicio contra una persona ante sus propios Tribunales de Justicia, pueda evitar la decisión del tribunal de juicio mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y, eventualmente, a un nuevo juicio (...). Repárense en que, si se permite al Ministerio Público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente a que, si la consigue en última instancia o en un nuevo juicio todavía se debe ofrecer al imputado – por primera vez respecto de esa condena – un recurso para atacarla ante un tribunal superior”( Maier, 2008, p.635)

Carrió, nos enseña que en los Estados Unidos. Una vez que el Estado ha tenido oportunidad de juzgar a un individuo una absolución decretada en primera instancia no puede ser revisada (Carrió, 1997, p.391)

Horvitz Lennon y López Masle señalan que la Corte Suprema norteamericana ha considerado que, cuando un jurado en un caso criminal llega a un veredicto de “no culpable” (*not guilty*), la prohibición contra la doble incriminación impide la nueva

persecución de la misma ofensa. El caso fundamental es *United States v. Ball (...)*. *United States V. Scott (...)*: “permitir un nuevo juicio después de una absolución, sin importar cuan errónea la absolución pueda haber sido, presentaría un inaceptable alto riesgo de que el Gobierno con sus recursos abrumadoramente superiores pudiera agotar al acusado para que, aunque inocente, pudiera ser encontrado culpable” (Horvitz L., Et. Al., p.362-363)

Para este caso, no existe el derecho a la igualdad procesal a impugnar una decisión jurisdiccional a favor de la sociedad, en donde solo el imputado condenado tiene el derecho a impugnar esta decisión a fin de que un tribunal superior, controle lo decidido. San Martín Castro indica que no hay ninguna razón para que el juez *A quem* se abstenga de emitir una sentencia condenatoria, revocando la de primera instancia. En tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia, como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *A quo*. Cuando en el Código de 1940 se invoca la inmediación como obstáculo para la condena en vía recursal, olvida que expresamente se concede al revisor poderes para aumentar o disminuir la pena y precisamente la inmediación es el principio más limitado que registra dicho Código (...)” (San Martín, 2003, p.982-986).

En la doctrina, Maier, en aplicación de las convenciones antes citadas, señala que el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, y que el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento, que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder, así, su carácter bilateral –el de ser facultad de todos los participantes- para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena (Maier, 2004, p.708-709).

El mencionado autor señala, desde una posición particular, que el principio *ne bis in ídem*, correctamente interpretado, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia; realice una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, pues esto somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y

eventualmente, a un nuevo juicio, habiendo ya una decisión sobre este punto (Maier, 2004, p.716).

Como señala Velásquez -citado por Sánchez Córdova-, en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efectos de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resulta absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigiría una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia. (Sánchez, 2014, p.1502)

Las instituciones públicas y los funcionarios públicos en tanto que tales no tienen derechos. Pueden tener obligaciones, potestades y atribuciones; pero no derechos, salvo como sujetos procesales (pueden demandar, presentar pruebas, contradecir, contar con defensa técnica, impugnar). De esta forma, detrás de la potestad persecutoria del Estado hay una atribución o rol constitucional del Ministerio Público, pero ningún derecho. Por ello, no se puede equiparar lo que “pierde” un fiscal al no poder impugnar (más), con lo que pierde un imputado si no puede impugnar. Este “pierde” mucho más que aquel. (Chinchay, 2012, p.293)

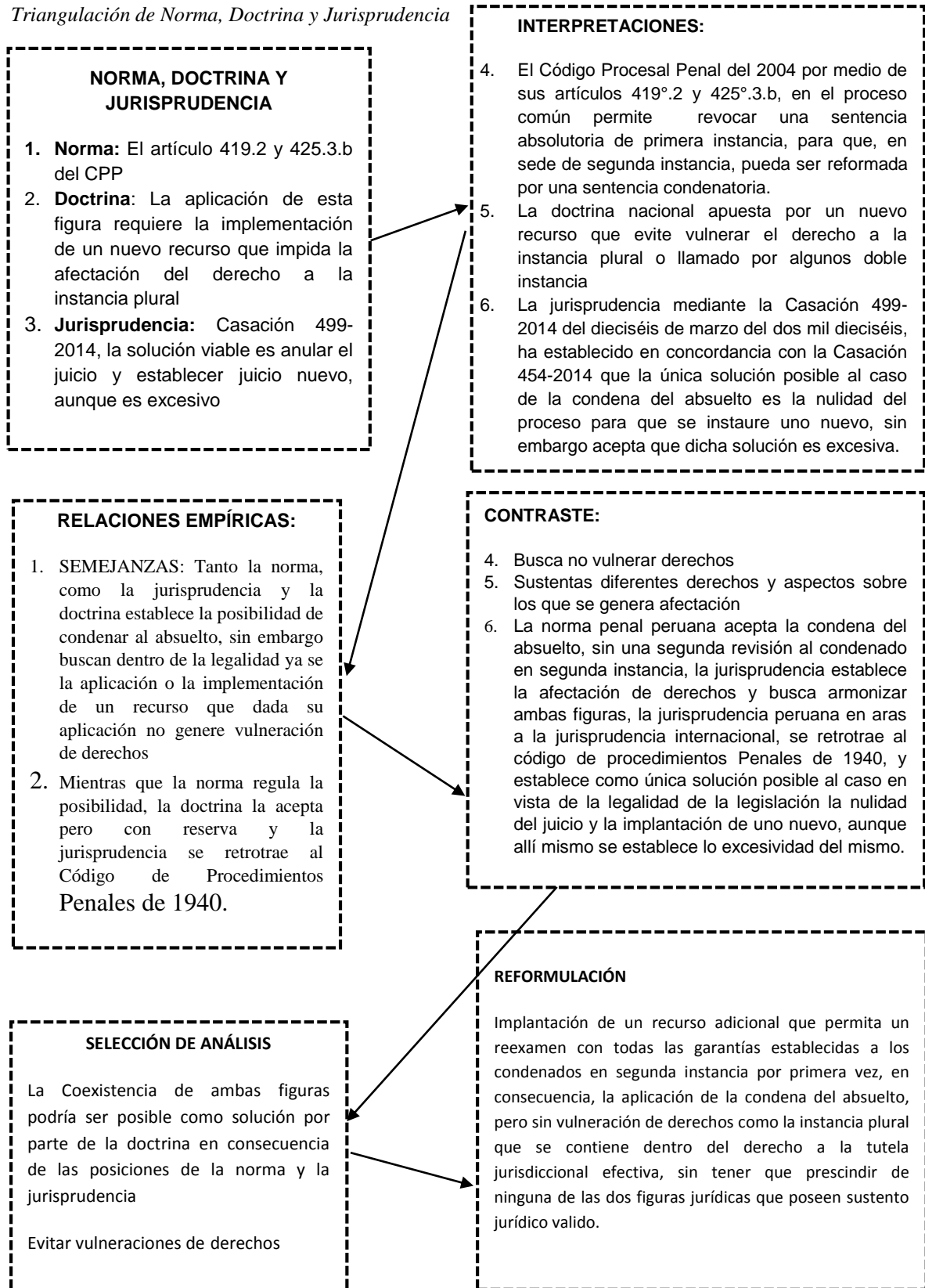
Si la sentencia de segunda instancia es la primera resolución en que se ve condenado, le cabe el derecho de recurrir. Que no se diga que ya se cumplió con la pluralidad de instancia, con el recurso desde la primera instancia hacia la segunda; y ello porque el imputado no ha tendido la posibilidad de recurrir contra la absolución de primera instancia. Parece ser el problema de no tener una vía de impugnación para la primera condena surgida en una segunda instancia –por parte de los que apoyan dicha inexistencia– radica justamente en eso: no ver el problema como “haber cumplido” con tener al menos dos instancias, como un rito que hay que satisfacer para evidenciar (no se sabe ante quién) que “ya superó la valla” y ahora tenemos una decisión judicial bien asentada. (Chinchay, 2012, p.297)

### **2.3. COMPARATIVO NORMA, DOCTRINA, JURISPRUDENCIA EN EL CASO DE CONDENA DEL ABSUELTO**

En el mismo orden de ideas en merito a esta investigación y con motivo de consolidar la investigación en un primer plano en base a los pilares de la investigación que son la norma, la doctrina y la jurisprudencia, se ha realizado un comparativo de consolidación, en base a la Triangulación formulada por Denzin en 1970 (referido por Pereyra, 2008) quien considera que es combinación o fusión de las bases en la que se fundamenta la investigación. En este sentido se busca integrar la norma, la doctrina y la jurisprudencia respecto de la figura jurídica de la condena del absuelto implantada en nuestro país.

Tabla 2

*Triangulación de Norma, Doctrina y Jurisprudencia*



**CAPÍTULO III**  
**MARCO METODOLÓGICO**



### 3.1. Tipo y Diseño de Investigación

El tipo de investigación, el diseño, al igual que la muestra, la recolección de datos y el análisis, va surgiendo desde el planteamiento del problema hasta su finalización, y desde luego sufre modificaciones, aun cuando es más bien una forma de enfocar el fenómeno de interés. El diseño en el enfoque cualitativo es en si el “abordaje” general que se utilizara en el proceso de investigación. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

“El método es el conjunto de reglas científicas (entendido como conjunto de procedimientos) idóneos para identificar, interpretar y entender el vasto campo del derecho.” (Ramos, 2011, p.89). Ramos, C. señala que: Como el Derecho es una disciplina basada en la persuasión o el convencimiento de nuestros interlocutores, que pueden ser el juez, el abogado contrario, el jurado, el lector de un libro de Derecho por los examinadores de una tesis, es crucial conocer los métodos que son útiles para dotar de significado a los textos normativos. La metodología en general se distingue de la metodología jurídica en el carácter argumentativo del Derecho. (Ramos, 2011, p.143)

El tipo de investigación que se utilizo es *descriptiva*, pues se realizará una determinación desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial de la figura de la condena del absuelto. Sobre todo porque el fenómeno investigado será analizado por la connotación desde su entrada en vigencia en el nuevo modelo Procesal Penal, y también es *explicativo* de tipo no experimental, debido a que estudiamos hechos *ex post facto* correlacional, en la Corte Suprema de Justicia de la República.

*Es descriptivo*, porque el fenómeno investigado será analizado por la connotación desde su entrada en vigencia en el nuevo modelo Procesal Penal.

*Explicativa*, pues se acoge el problema desde diversos aspectos involucrados como un todo, analizando factores normativos, jurisprudenciales, axiológicos y sociales. Para luego a partir de inferencias se puede predecir e incluso transformar la realidad problemática existente.

Con relación al diseño de la investigación es de tipo transversal causal, dado que la variable independiente que es la condena del absuelto, afecta directamente a la variable dependiente que es el derecho a la instancia plural, y porque solo es aplicado una sola vez

utilizando la técnica de la encuesta a través del cuestionario como instrumento para la obtención de datos que me permitieron determinar que la aplicación de la condena del absuelto afecta directamente el derecho a la instancia plural, el mismo que debe ser garantizado para no generar afectación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en relación al proceso mismo, así mismo puedo señalar que se han tomado en consideración instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizando una comparación con la manera en que se viene resolviendo en la Corte Suprema de nuestro país respecto de la condena del absuelto, con la finalidad de proponer un control de convencionalidad.

### **3.2.Población y muestra**

La población objetiva son personas instruidas en materia de derecho penal, llámese abogados penalistas, jueces en materia penal y/o fiscales penales, ES decir la población analizada son profesionales en derecho que aplican o trabajan en materia penal, en razón de ser los involucrados directos en la aplicación de esta figura jurídica que pudiera ser vulneradora de sus derechos fundamentales.

La población, determinada como profesionales en derecho que aplican o se encuentran relacionados con materia penal, se establecen en cuatro grupos: bachilleres en derecho, abogados titulados que ejercen materia penal, jueces penales y fiscales penales.

La muestra es un subgrupo de la población sobre la cual se recolectaran los datos de manera directa y debe ser representativo de la población (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). En esta investigación, la muestra la componen 60 profesionales en derecho, usuarios de la materia penal. Para ello se utilizó un *muestreo no probabilístico*. El muestreo no probabilístico tiene como característica principal que “tanto el tamaño de muestra como la elección de los elementos están sujetos al juicio del investigador, esto es, para realizar un estudio mediante este tipo de muestreo debe recurrirse a la experiencia que se tenga. Es decir, la muestra se forma con los elementos que el investigador considera (según su juicio) que son los más representativos de la población que va a estudiar”. (Tejada, 2008)

En relación a los bachilleres y abogados se tendrá en cuenta su experiencia en procesos penales, para que puedan emitir una opinión razonable del tema en vista de su experiencia. En relación a los jueces y fiscales que apliquen a las encuestas deben ser considerados solo Jueces superiores que puedan aplicar esta figura jurídica en materia penal.

Tabla 3: *Muestra de población encuestada*

CATEGORÍAS	BACHILLERES	ABOGADOS	FISCALES	JUECES	CATEDRÁTICOS	TOTAL
Femenino	4	18	2	3	2	29
Masculino	8	16	3	2	2	31
TOTAL	12	34	5	5	4	60

### **3.3.Hipótesis**

#### **3.3.1. Hipótesis General**

La condena del absuelto afecta el derecho a la instancia plural en la legislación peruana

##### **3.3.1.1.Hipótesis Especificas**

- a) La condena del absuelto afecta el derecho a la instancia plural en la legislación peruana en cómo se establece en el precedente Mohamed vs Argentina establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- b) La condena del absuelto afecta el derecho a la instancia plural en la legislación peruana en cómo se establece la resolución suprema vinculante establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

### 3.4. Variables – Operacionalización

#### 3.4.1. Tipo de Variable

Las variables de esta investigación son de tipo cualitativa, este tipo de variable se enmarca al “abordaje” general que haremos de utilizar en el proceso de investigación el cual es necesario para determinar los factores que caracterizan el trabajo desarrollado. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014)

Siendo una investigación de tipo Descriptiva y Explicativa, se determina la presencia de dos variables:

- **Variable Independiente:** La condena del absuelto.
- **Variable Dependiente:** El derecho a la instancia plural.

#### 3.4.2. Operacionalización de Variable

Tabla 4: Operacionalización de Variable

<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICIÓN NOMINAL</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>ITEMS</b>
<i>La condena del absuelto</i>	<i>La condena del absuelto implica que un imputado absuelto por el Juez Penal de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado puede ser condenado por la Sala Penal Superior al resolver el</i>	<i>-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	<i>No se garantiza el derecho a recurrir el fallo.</i>	<i>1. ¿Considera que la aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión? 2. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el fallo? 3. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir el fallo?</i>

	recurso de apelación.		No se garantiza el derecho a un recurso impugnatorio sencillo, rápido y efectivo	<p>4.¿Considera que nuestro sistema procesal penal contiene un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para los casos de condena del absuelto?</p> <p>5.¿Considera que debiera existir un recurso impugnatorio en casos de aplicación de la condena del absuelto?</p>
		Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de República del Perú	La única solución posible en la legislación peruana es declarar la nulidad de todo lo actuado e instaurar nuevo juicio	<p>6. ¿Considera que declarar la nulidad de todo lo actuado por la Suprema Corte de nuestra Nación para casos de condena del absuelto es legal?</p> <p>7. ¿Considera que genera afectación de derechos la solución planteada por la Corte Suprema de nuestra Nación?</p> <p>8. ¿Considera que la solución planteada por nuestra Suprema Corte afecta el principio de economía procesal?</p>
			Aunque declarar la nulidad es la única solución posible es una solución muy extensa	<p>9.¿Considera una solución muy extensa la planteada por la Suprema Corte de nuestra Nación?</p> <p>10.¿Considera que la solución de la Corte Suprema establecida mediante pronunciamiento vinculante afecta el principio de celeridad?</p>
Derecho a la instancia plural	El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía del debido proceso, puesto que con él se persigue que lo	Derecho a la tutela jurisdiccional Efectiva	Vulneración al Debido Proceso	<p>11.¿Considera que genera afectación al debido proceso la aplicación de la condena del absuelto?</p> <p>12.¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto tal como lo regula nuestra norma procesal</p>

<p><i>dispuesto por un juez "A Quo", pueda ser revisado por un órgano legal y funcionalmente superior, y del tal forma se permita que lo resuelto sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.</i></p>				<p><i>generaría una "condena en instancia única"?</i></p>
			<p><i>Vulneración al Derecho de Defensa</i></p>	<p><i>13. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa?</i>  <i>14.¿Considera que nuestro ordenamiento puede garantizar el derecho de defensa en casos de condena del absuelto?</i></p>
			<p><i>el derecho a la instancia plural no se garantiza con una segunda sentencia</i></p>	<p><i>15. ¿Considera que la revisión del fallo por un segundo órgano jurisdiccional, garantiza el acceso a la instancia plural?</i>  <i>16. ¿Considera que es lo mismo instancia plural que doble instancia?</i>  <i>17. ¿Considera que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal garantiza el derecho a la instancia plural en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i></p>
			<p><i>El recurso de casación no satisface el derecho a recurrir el fallo condenatorio</i></p>	<p><i>18. ¿Considera que el acceso al recurso de casación penal en nuestro ordenamiento satisface el derecho de recurrir el fallo?</i>  <i>19.¿Considera que la naturaleza del recurso de casación es la misma que la de un recurso impugnatorio ordinario?</i>  <i>20. ¿Considera que el recurso de casación puede solucionar el cuestionamiento que se le hace a la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país?</i></p>

### **3.5.Método de Investigación**

En la recolección de datos se aplicó, en concordancia con el método y nuestro diseño de investigación, los instrumentos de la encuesta mediante cuestionario. Toda vez que, se tuvo que analizar, estudiar y contrastar las distintas posiciones de los abogados, fiscales y jueces en materia de la investigación.

### **3.6.Técnicas e instrumentos de investigación**

Actualmente se puede considerar el análisis de contenido como una forma particular de análisis de documentos. (Berelson, 1995; citado por (Hernández, Fernández y Baptista, 2014), distingue algunos usos del análisis del contenido, los cuales son: describir tendencias en el contenido de la investigación

La selección de instrumentos de investigación implica determinar por cuales medios o procedimientos el investigador obtendrá la información necesaria para alcanzar los objetivos de la investigación. Bajo esta premisa se ha hecho viable a criterio de la tesista, la técnica de la encuesta a través del cuestionario. El cuestionario es definido como el conjunto de preguntas respecto de una o más variables que se van a medir en una investigación. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014)

#### **3.6.1. Validez y Confiabilidad de los instrumentos**

En la presente investigación se hace uso de la validación a través de Aiken

$$V = \frac{S}{(n(c-1))}$$

S: Sumatoria

N: Numero de Jueces, Fiscales, abogados o bachilleres encuestados

C: Numero de Valores

V: Valoración de Aiken

### 3.6.2. Cuadro de Validación del Instrumento

Aceptado (2)	Modificado (1)	Rechazado (0)	Observación
--------------	----------------	---------------	-------------

Tabla 5: Cuadro de Validación del Instrumento

CUESTIONARIO	BACHILLER	ABOGADO	JUEZ	FISCAL	CATEDRÁTICO	SUMATORIA	VALOR (V)
1. <i>¿Considera que la aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
2. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el fallo?</i>	2	1	1	2	2	8	<b>0.8</b>
3. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir el fallo?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>



4. <i>¿Considera que nuestro sistema procesal penal contiene un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para los casos de condena del absuelto?</i>	1	2	2	2	2	9	<b>0.9</b>
5. <i>¿Considera que debiera existir un recurso impugnatorio en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
6. <i>¿Considera que declarar la nulidad de todo lo actuado por la Suprema Corte de nuestra Nación para casos de condena del absuelto es legal?</i>	1	1	2	1	1	6	<b>0.6</b>
7. <i>¿Considera que genera afectación de derechos la solución planteada por la Corte Suprema de nuestra Nación?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
8. <i>¿Considera que la solución planteada por nuestra Suprema Corte afecta el principio de economía procesal?</i>	2	2	2	1	2	9	<b>0.9</b>
9. <i>¿Considera una solución muy extensa la planteada por la Suprema Corte de nuestra Nación?</i>	1	2	2	2	1	8	<b>0.8</b>

10. <i>¿Considera que la solución de la Corte Suprema establecida mediante pronunciamiento vinculante afecta el principio de celeridad?</i>	2	2	1	2	2	9	<b>0.9</b>
11. <i>¿Considera que genera afectación al debido proceso la aplicación de la condena del absuelto?</i>	2	1	1	2	2	8	<b>0.8</b>
12. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto tal como lo regula nuestra norma procesal generaría una "condena en instancia única"?</i>	1	2	2	2	2	9	<b>0.9</b>
13. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa?</i>	2	2	2	1	2	9	<b>0.9</b>
14. <i>¿Considera que nuestro ordenamiento puede garantizar el derecho de defensa en casos de condena del absuelto?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
15. <i>¿Considera que la revisión del fallo por un segundo órgano jurisdiccional, garantiza el acceso a la instancia plural?</i>	2	1	2	2	2	9	<b>0.9</b>

16. <i>¿Considera que es lo mismo instancia plural que doble instancia?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
17. <i>¿Considera que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal garantiza el derecho a la instancia plural en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
18. <i>¿Considera que el acceso al recurso de casación penal en nuestro ordenamiento satisface el derecho de recurrir el fallo?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
19. <i>¿Considera que la naturaleza del recurso de casación es la misma que la de un recurso impugnatorio ordinario?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
20. <i>¿Considera que el recurso de casación puede solucionar el cuestionamiento que se le hace a la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país?</i>	1	2	2	2	2	9	<b>0.9</b>
							<b>0.9478</b> <b>26087</b>

$$V = \frac{S}{(n(c-1))}$$

Se aceptan items con  
valores por encima de  
0.8

S=sumatoria  
n=número de especialistas  
c=número de valores  
3  
V=V de Aiken

En consecuencia, se reformula pregunta 6, para efectos de la aplicación del instrumento.

### **3.7. Procedimientos de análisis estadísticos de datos**

Habiéndose consolidado el instrumento (cuestionario de 20 preguntas) fue aplicado a la muestra (abogados, bachilleres, jueces y fiscales penales) con el fin de obtener información y datos relevantes para la investigación respecto de si la condena del absuelto afecta la instancia plural.

#### **3.7.1. Procesamiento de Datos**

Finalmente los datos analizados y cuadros fueron elaborados y presentados empleando el paquete estadístico SSPS 14.0 y EpiInfo Versión 6.0, el Programa de MS EXCEL y el procesador de texto WORD 2007.

#### **3.7.2. Análisis de datos**

Después del trabajo de campo, mediante la utilización de cuestionarios a los bachilleres, abogados penalistas, jueces y fiscales en materia penal, y de la muestra seleccionada aleatoriamente se procedió al conteo y categorización de los datos, luego procedimos a ordenarlos en cuadros estadísticos para su lectura.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

#### 4.1. Resultados obtenidos en la presente investigación.

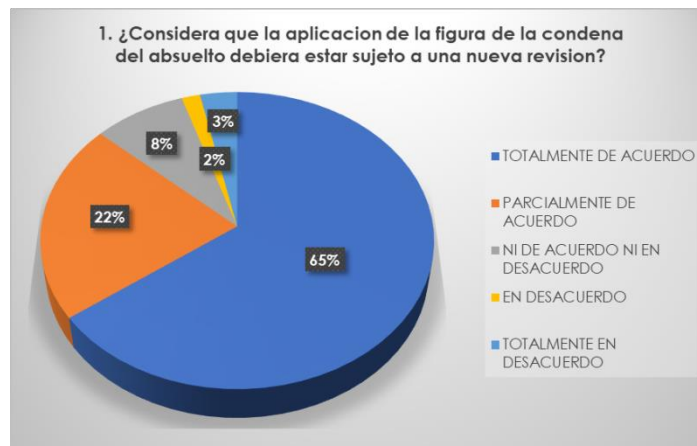
El objeto de la presente investigación es determinar si la aplicación de la condena del absuelto genera afectación al principio de instancia plural en nuestro ordenamiento jurídico que lo regula, lo hace legal y en consecuencia permisible. Para ello se ha hecho un cuestionario de veinte preguntas a 60 profesionales de derecho especialistas en derecho penal, que han tenido acceso a la información de la figura jurídica de la condena del absuelto.

Los resultados se han procesado en base al programa SPSS, haciendo uso de gráficos, pues es la mejor forma de analizar información en preguntas cerradas.

Del reporte de la gráfica estadística, como consecuencia de las cifras agenciadas del cuestionario aplicado a los especialistas podemos contrastar las hipótesis planteadas al inicio de la investigación.

Se ha tenido en cuenta cada pregunta a través de un enunciado que se detalla a continuación:

**PREGUNTA N° 1:** *¿CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO DEBIERA ESTAR SUJETO A UNA NUEVA REVISIÓN?*



*Figura 1:* La aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeta a una nueva revisión

En la figura 1 se muestra que el 65% de los profesionales encuestados especialistas en materia penal se encuentran totalmente de acuerdo que la aplicación de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión siendo que es condenado por primera vez y tiene derecho a recurrir su condena, mientras que del mismo lado un 22% de nuestra población encuestada considera que se encuentran parcialmente de acuerdo con la misma idea.

Sin embargo existe un 8% neutral respecto de esta posición, mientras que el 2% de nuestra población materia de encuesta se encuentra en desacuerdo con que la aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión por parte de un órgano jurisdiccional.

Podemos concluir diciendo que la mayor parte de la población encuestada mantiene una posición a favor de que la aplicación de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión por parte de un órgano jurisdiccional.

**PREGUNTA N° 2: ¿CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO AFECTA EL DERECHO A RECURRIR EL FALLO?**

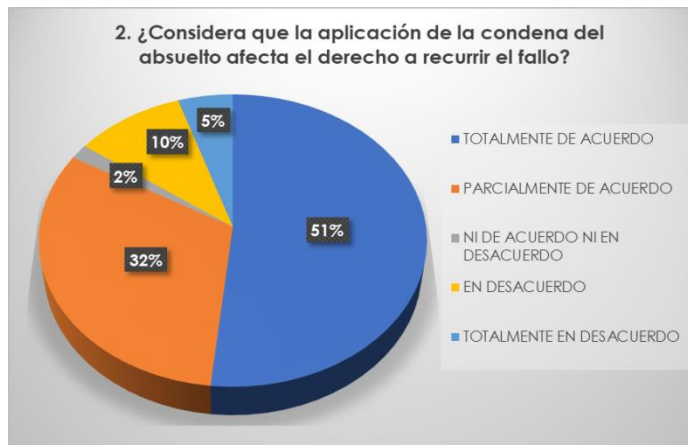


Figura 2: La aplicación de la figura de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el fallo.

En la figura 2 se muestra que el 51% de los encuestados profesionales especialistas en derecho penal se encuentran totalmente de acuerdo con que la aplicación de la figura de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el primer fallo condenatorio, mientras

que en el mismo orden de ideas el 32% restante de la misma población se encuentra parcialmente de acuerdo con esta posición.

Por otro lado solo el 2% de nuestra población materia de análisis mantienen en este aspecto una posición neutra, concordante con el 10% y 5% que establecen estar en desacuerdo y totalmente en desacuerdo respectivamente respecto de si la aplicación de esta figura procesal afecta o no el derecho a recurrir el fallo, garantizado por normas nacionales como internacionales.

Al respecto podemos concluir diciendo que la mayor parte de la población encuestada presenta una posición favorable respecto de la existencia de afectación al derecho a recurrir el fallo, en consecuencia se considera que existe una afectación al derecho a recurrir el fallo cuando se aplique la condena del absuelto tal como lo regula nuestra norma procesal penal

**PREGUNTA 3: ¿CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO NECESITA DE UN RECURSO IMPUGNATORIO QUE GARANTICE EL DERECHO A RECURRIR EL FALLO?**

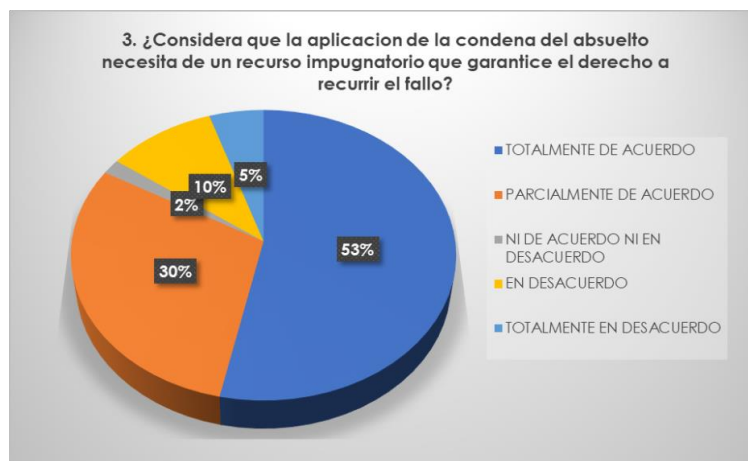


Figura 3: La aplicación de la figura de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio

En la figura 3 se muestra que el 53% de los encuestados profesionales en materia de derecho penal se encuentran totalmente de acuerdo con que la aplicación de la figura de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir al fallo, mientras que el porcentaje de 30% de nuestra población encuestada en



concordancia con el 53% mencionado se encuentra parcialmente de acuerdo con el hecho de que se necesite un recurso impugnatorio para los casos de condena del absuelto.

En el mismo orden de ideas el 2% de la población materia de la encuesta no presenta opinión ni a favor ni en contra de supuesto interrogado, así mismo el 10% de la misma población estableció que se encuentra en desacuerdo con la implementación de un recurso impugnatorio cuando se aplique la figura jurídica de la condena del absuelto, y el 5% se encuentra en total desacuerdo de la mencionada implementación.

Se concluye diciendo que la mayor parte de la población materia de encuesta se encuentra a favor de la necesidad de establecer un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir al primer fallo condenatorio.

**PREGUNTA 4: ¿CONSIDERA QUE NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL CONTIENE UN RECURSO IMPUGNATORIO ORDINARIO, SENCILLO, RÁPIDO Y EFECTIVO PARA LOS CASOS DE LA CONDENA DEL ABSUELTO?**

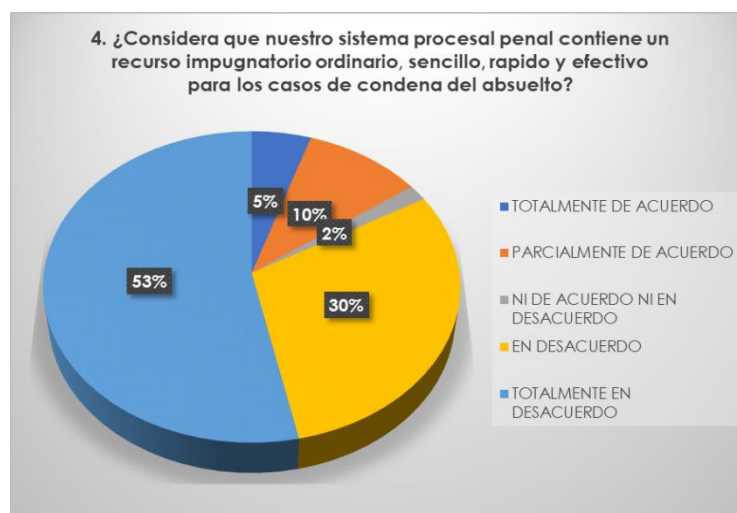


Figura 4: Nuestro sistema procesal contiene un recurso impugnatorio correcto para casos de condena del absuelto.

En la figura 4 se puede apreciar que el 53% de la población encuestada, llámese especialistas en materia penal se encuentran totalmente en desacuerdo con que en nuestro sistema procesal penal contenga un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para los casos de la condena del absuelto, mientras que 30% de la misma

población considera en desacuerdo respecto de si existe en nuestra norma procesal penal un recurso como ese para estos casos.

En ese sentido el 2% de la población encuestada presentan una posición neutral respecto de la existencia de un recurso impugnatorio en este caso, mientras que 10% y el 5% se encuentran parcialmente de acuerdo y totalmente de acuerdo respectivamente sobre la existencia de un recurso impugnatorio para casos de condena del absuelto.

Al respecto concluimos diciendo que la mayor parte de la población se encuentra en desacuerdo respecto de la existencia de un recurso impugnatorio sencillo, rápido y efectivo para los casos de condena del absuelto.

**PREGUNTA 5: ¿CONSIDERA QUE DEBIERA EXISTIR UN RECURSO IMPUGNATORIO EN CASOS DE APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO?**

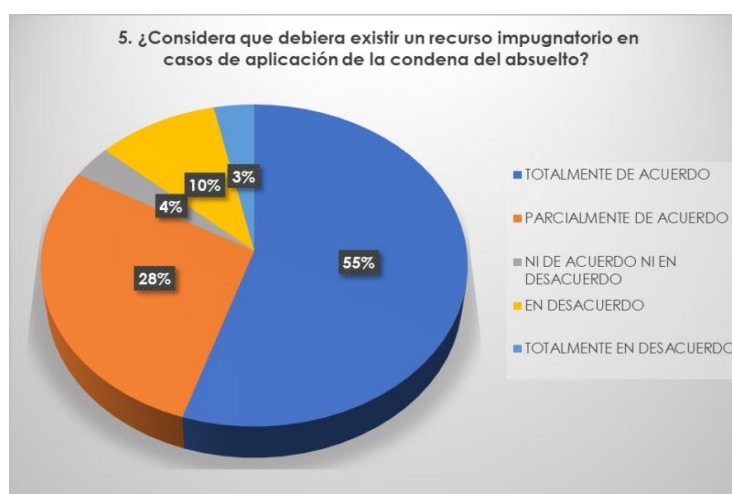


Figura 5: Debería existir un recurso impugnatorio ordinario en casos de condena del absuelto

Al respecto, en la figura 5 se observa que 55% de la población encuestada que no son otros que especialistas en materia de derecho penal se encuentra totalmente de acuerdo con que debiera existir un recurso impugnatorio para los casos de la condena del absuelto. En el mismo sentido un 28% adicional de la misma población considera estar parcialmente de acuerdo con la existencia de un recurso impugnatorio para estos casos.

En consecuencia un 4% mantiene una posición neutral sobre la necesidad de un recurso impugnatorio para estos casos mientras que el 10% se encuentra en desacuerdo y el 10% totalmente en desacuerdo con esta posición.

Concluimos diciendo que la mayor parte de la población encuestada considera que debiera existir un recurso impugnatorio en casos de aplicación de la condena del absuelto.

**PREGUNTA 6: ¿CONSIDERA QUE DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO POR LA SUPREMA CORTE DE NUESTRA NACIÓN PARA CASOS DE CONDENA DEL ABSUELTO ES UNA SOLUCIÓN ADECUADA?**

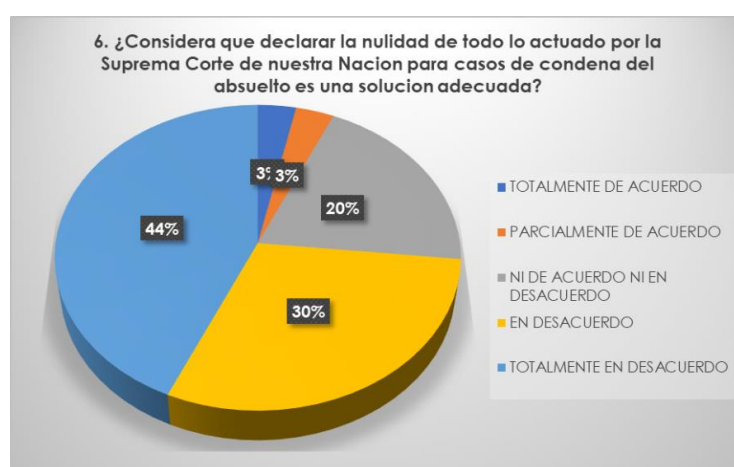


Figura 6: Declarar la nulidad de todo lo actuado por la Corte Suprema para casos de condena del absuelto es una solución adecuada.

En la figura 6 se puede apreciar que el 44% de la población encuestada que contiene profesionales especialistas en derecho penal se encuentran totalmente en desacuerdo, mientras que el 30% de la misma población representa una reprobación indicando que se encuentran en desacuerdo con la solución planteada por la Corte Suprema de nuestra nación.

Un grupo no despreciable de la población encuestada en un porcentaje de 20% establece una posición neutral, es decir no se encuentra ni de acuerdo, ni en desacuerdo con declarar la nulidad de todo lo actuado e instaurar un nuevo juicio como solución para casos de condena del absuelto. Así mismo un 3% de la población restante se encuentra de acuerdo, y otro 3% se encuentra parcialmente de acuerdo con esta solución.

Se puede concluir de los datos almacenados que la mayor parte de la población encuestada no se encuentra de acuerdo con la solución planteada por la Corte Suprema de declarar la nulidad de todo lo actuado en casos de condena del absuelto.

**PREGUNTA 7: ¿CONSIDERA QUE GENERA AFECTACIÓN DE DERECHOS LA SOLUCIÓN PLANTEADA POR LA CORTE SUPREMA DE NUESTRA NACIÓN?**

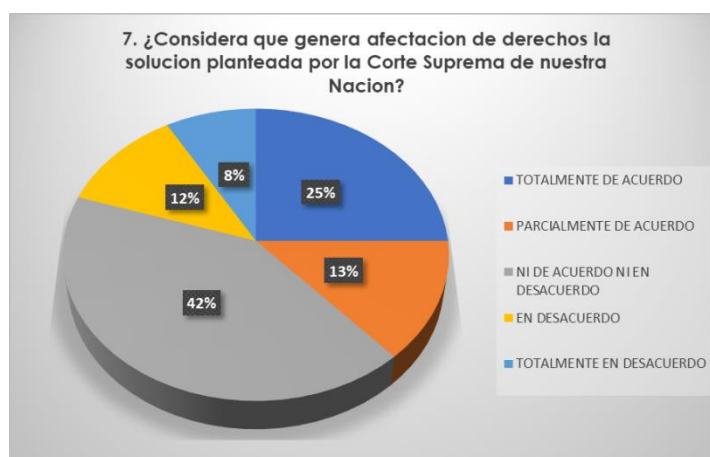


Figura 7: La Solución de la Corte Suprema genera afectación de derechos

En la figura 7 se aprecia que respecto de si la *solución planteada por la Corte Suprema de Justicia de declarar la nulidad de todo lo actuado en casos de condena del absuelto afecta o no derechos de las partes*, al respecto un amplio porcentaje de 42% establece una posición neutral, ni de acuerdo ni de desacuerdo respecto de la afectación de derechos que podría generar la solución planteada por la Corte Suprema. Mientras que un 25% se encuentra totalmente de acuerdo en la existencia de afectación de derechos al aplicarse dicha solución y por otro lado un 13% que complementa el 25% mencionado, con una postura a favor indicando que se encuentra parcialmente de acuerdo en la existencia de afectación de derechos en estos casos.

En el mismo orden de ideas en aras del análisis de lo planteado un 12% de la población encuestada representa un desacuerdo con la afectación de derechos en aplicación de la solución propuesta por la Corte Suprema, mismo que complementa su postura negativa con un 8% de la población que se encuentra totalmente en desacuerdo con la mencionada afectación.

Podemos finalizar el análisis de este cuestionamiento afirmando que la mayor parte de la población encuestada en este caso presenta un postura neutral, no establece posición positiva o negativa respecto de la afectación de derechos, pero se encuentra seguida por el un grupo positivo mayoritario respecto del grupo negativo, sobre la afectación de derechos.

**PREGUNTA 8: ¿CONSIDERA QUE LA SOLUCIÓN PLANTEADA POR LA SUPREMA CORTE AFECTA EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL?**

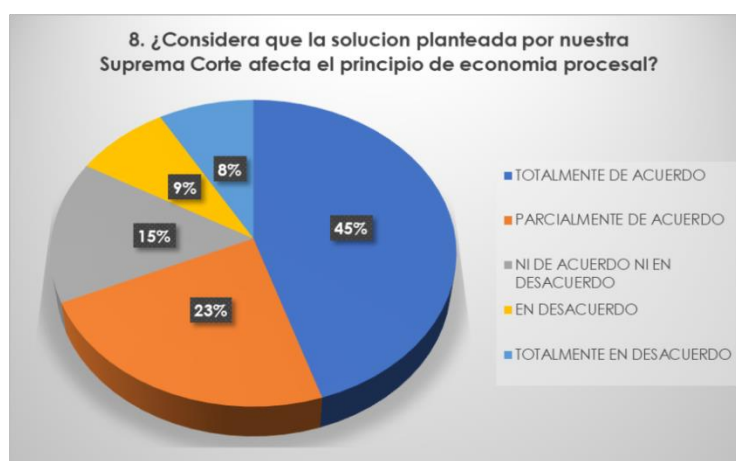


Figura 8: La Solución de la Corte Suprema afecta el principio de economía procesal

La figura 8, busca establecer para el análisis de la investigación si la solución planteada por la Suprema Corte de nuestra nación afecta el principio de economía procesal, al respecto se establece que el 45% de la población encuestada se encuentra totalmente de acuerdo respecto de que existe afectación de este principio mencionado. Así también un 23% de la misma población se encuentra parcialmente de acuerdo con establecer que existe afectación al principio mencionado.

Un porcentaje de 15% de la población materia de encuesta, representa una posición neutral, sin establecer posición a favor o en contra de la afectación. Así también un 9% postula estar en desacuerdo con que exista afectación al principio de economía procesal como la solución planteada por nuestra Corte Suprema, reforzada por un mínimo 8% que representa su total desacuerdo en que exista afectación a este principio.

Se infiere de este análisis que, mayoritariamente la población encuestada postula una posición positiva respecto de la afectación al principio de economía procesal, como tal,

se establece por mayoría que la solución planteada por nuestra Suprema Corte afecta el principio de economía

**PREGUNTA 9: ¿CONSIDERA UNA SOLUCIÓN MUY EXTENSA LA PLANTEADA POR LA SUPREMA CORTE DE NUESTRA NACIÓN?**

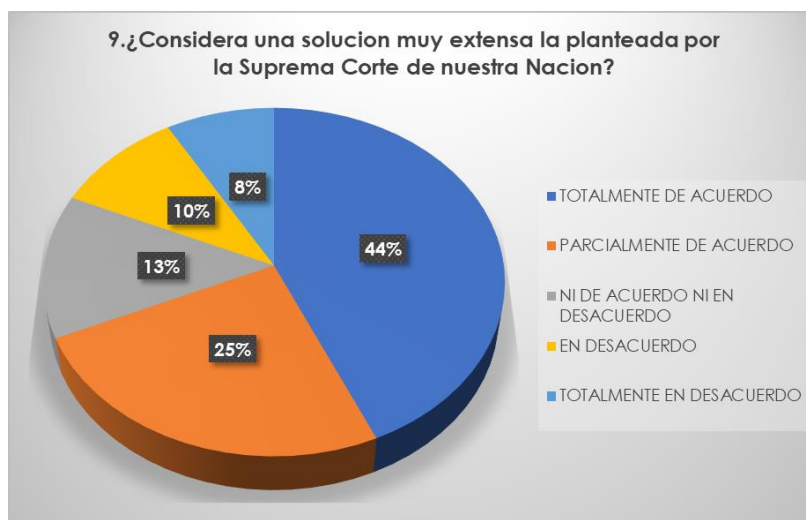


Figura 9: La solución de la Corte Suprema es muy extensa

Respecto de la figura 9, la población encuestada representa un porcentaje de 44% que se encuentra totalmente de acuerdo con considerar muy extensa la solución planteada por la Corte Suprema para casos de condena del absuelto. Este porcentaje se encuentra reforzado por un 25% que representan una postura parcialmente de acuerdo con que la solución es muy extensa.

En el mismo sentido un bajo 13% no genera una postura negativa ni positiva, pero establece no estar ni de acuerdo ni de desacuerdo en que es una solución muy extensa. Sin embargo, un 10% y un 8% se encuentran en desacuerdo y totalmente en desacuerdo respectivamente en referencia a si es una solución demasiado extensa.

Respecto del cuestionamiento materia de análisis, debo concluir diciendo que en un porcentaje mayoritario de la población materia de encuesta establece una posición donde esta solución sería muy extensa

**PREGUNTA 10:** ¿CONSIDERA QUE LA SOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA ESTABLECIDO MEDIANTE PRONUNCIAMIENTO VINCULANTE AFECTA EL PRINCIPIO DE CELERIDAD?

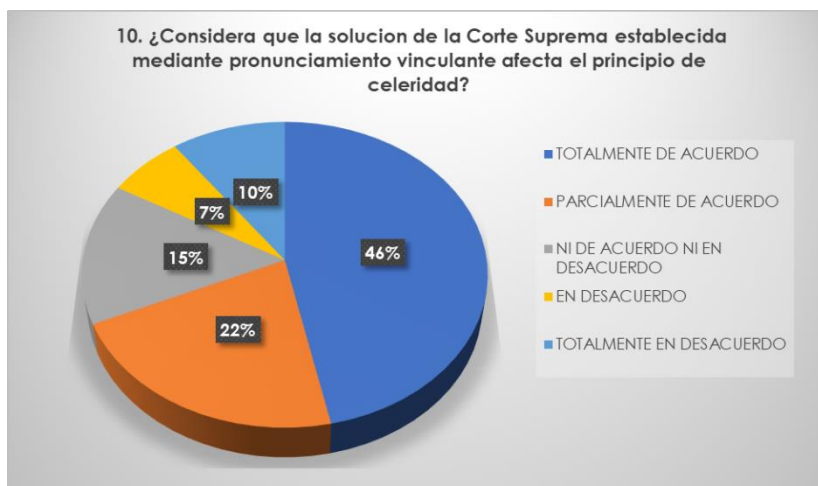


Figura 10: La Solución de la Corte Suprema afecta el principio de celeridad

Respecto de la figura 10 se ha establecido lo siguiente: un porcentaje de 46% de la población encuestada se encuentra totalmente de acuerdo con que existe afectación al principio de economía procesal en la aplicación de la solución planteada por la Corte Suprema, este porcentaje se encuentra reforzado por un 22% que representa una posición parcialmente de acuerdo con que existe afectación a este principio.

Por otro lado un 15% de la población encuestada no se encuentra ni a favor ni en contra de la afectación a este principio, mientras que un 10% representa una posición totalmente negativa indicado estar en total desacuerdo respecto de la afectación a este derecho, esta posición se encuentra reforzada por un porcentaje mínimo donde un 7% representa una posición en desacuerdo respecto de si la solución afecta este principio.

Entonces, se concluye de este cuestionamiento que mayoritariamente la población encuestada se encuentra de acuerdo en que existe afectación al principio de celeridad la aplicación de la solución planteada por nuestra suprema corte.

**PREGUNTA 11: ¿CONSIDERA QUE GENERA AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO LA APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO?**

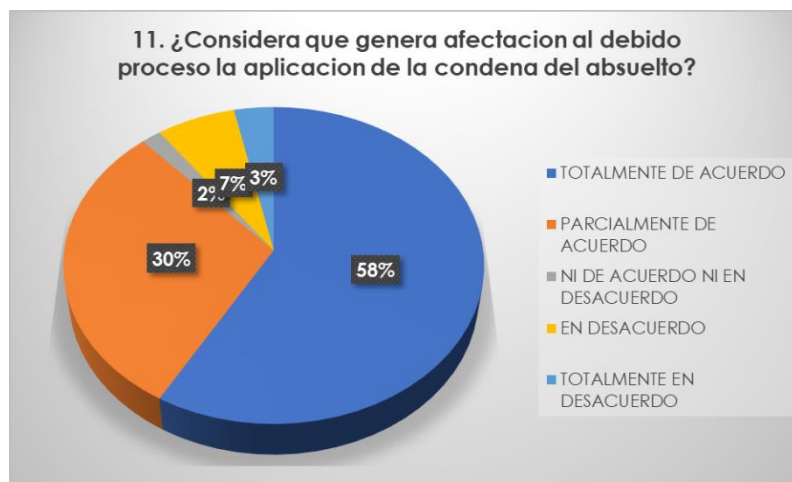


Figura 11: La Solución de la Corte Suprema afecta el debido proceso.

Respecto de la figura 11, se desprende lo siguiente, un 58% bastante amplio de la población materia de encuesta se encuentra totalmente de acuerdo en que la aplicación de la figura de la condena del absuelto genera afectación al debido proceso. Esta posición se encuentra reforzada por un claro 30% también amplio que postula estar parcialmente de acuerdo con que esta figura afecta el mismo derecho.

Entonces, un mínimo 2% no se encuentra ni en desacuerdo ni de acuerdo con esta postura, mientras que un 7% se encuentra en desacuerdo claro, es decir considera que no hay afectación, reforzado por un bajo 3% adicional que establece estar en total desacuerdo de que exista alguna vulneración al debido proceso.

Se concluye este cuestionamiento estableciendo que, la mayor parte de la población encuestada considera por un porcentaje bastante amplio que si existe afectación al debido proceso si se aplica la figura jurídica de la condena del absuelto.



**PREGUNTA 12: ¿CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO TAL COMO LO REGULA NUESTRA NORMA PROCESAL GENERARÍA UNA “CONDENA EN INSTANCIA ÚNICA”?**

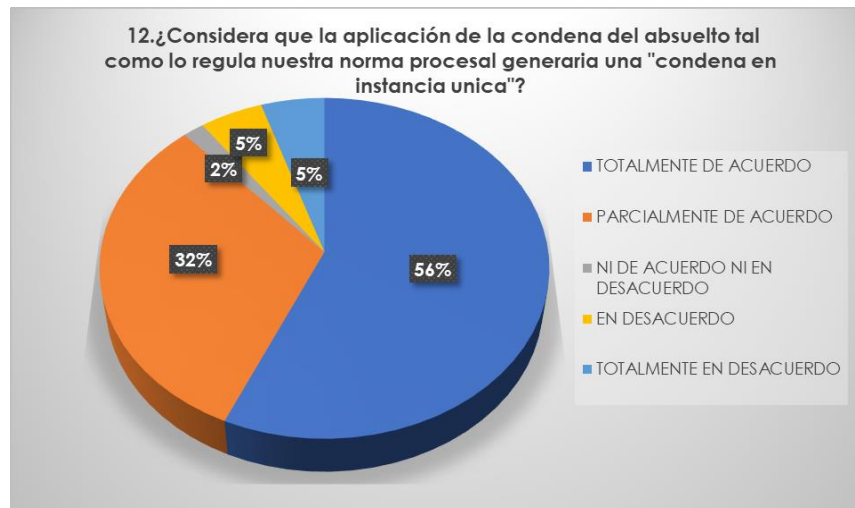


Figura 12: Aplicación de la condena del absuelto genera condena en instancia única

La figura 12 de este cuestionario desprende lo siguiente: un 46% de la población materia de encuesta refirió encontrarse totalmente de acuerdo en que la aplicación de la figura de la condena del absuelto generaría una condena en instancia única de acuerdo a los lineamientos de nuestra norma procesal penal. Este porcentaje se apoya en un 32% que se encuentra parcialmente de acuerdo en que la aplicación de esta figura generaría la situación mencionada líneas arriba.

Por otro lado un mínimo 2% representa un porcentaje neutro de la población que no se encuentra ni de acuerdo, ni en desacuerdo de si se presentaría la situación mencionada. A su vez un 5% se encuentra totalmente en contra y establece encontrarse en total desacuerdo de que la aplicación de esta figura generaría una sentencia en instancia única, apoya en otro 5% que se encuentra a su vez en desacuerdo en la misma línea de análisis

Se puede concluir diciendo que la mayor parte de la población encuestada se encuentra de acuerdo en que la aplicación de la figura de la condena del absuelto como se regula en nuestra norma procesal penal generaría una sentencia en instancia única.

**PREGUNTA 13: ¿CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA?**

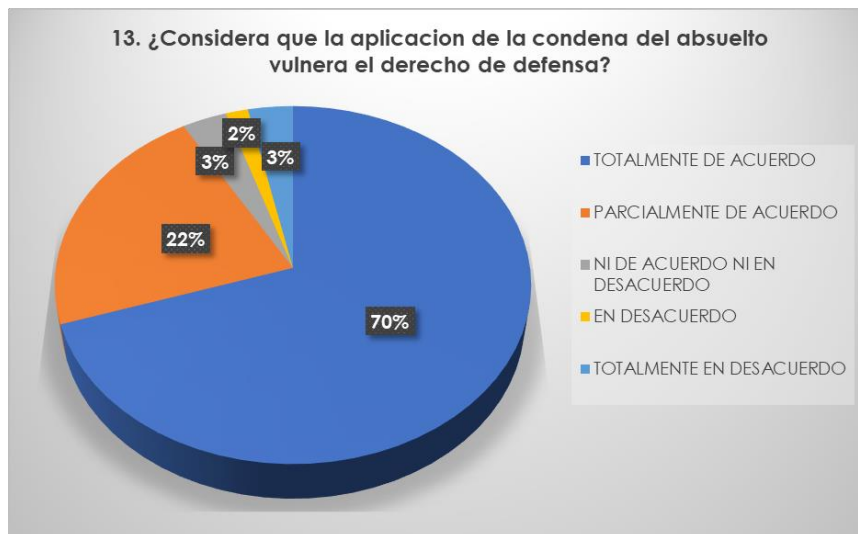


Figura 13: Aplicación de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa

En la figura 13 se establece que un porcentaje de 70%, bastante amplio indico que se encuentra totalmente de acuerdo en que la población de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa, apoyado en un 22% que indico estar parcialmente de acuerdo en que la condena del absuelto vulnera el mencionado derecho.

Por otro lado, un mínimo 3% estable una posición ni de acuerdo ni en desacuerdo de la vulneración al derecho de defensa cuando se haya aplicado esta norma, Asi también un 2% estableció que se encuentra en desacuerdo respecto de la vulneración al derecho de defensa y un 3% indico encontrarse totalmente en desacuerdo con la posición que establece que se vulnera el mencionado derecho

Se concluye diciendo que, la mayor parte de la población encuestada considera que existe vulneración al derecho de defensa si se aplica la figura de la condena del absuelto.

**PREGUNTA 14:** ¿CONSIDERA QUE NUESTRO ORDENAMIENTO PUEDE GARANTIZAR EL DERECHO DE DEFENSA EN CASOS DE CONDENA DEL ABSUELTO?

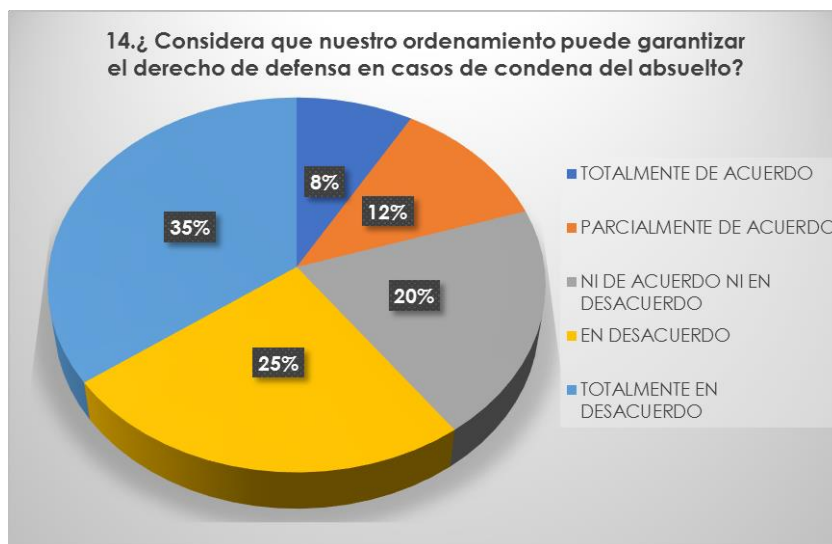


Figura 14: Nuestro ordenamiento podría garantizar el derecho de defensa en los casos de condena del absuelto

En la figura 14 se establece que un 35% de la población se encuentra totalmente de desacuerdo con la posición que indica que nuestro ordenamiento jurídico puede garantizar el derecho de defensa en casos en los que se aplique la figura de la condena del absuelto. Se encuentra apoyado por un 25% que también se considera en desacuerdo respecto de garantizar el derecho de defensa.

Por otro lado, un 20% de la población encuestada se mantiene en posición neutral indicando no estar ni a favor ni en contra, mientras que un 12% se encuentra parcialmente de acuerdo en afirmar que si se puede garantizar este derecho, y un 8% que considera de manera contundente que está totalmente de acuerdo en que puede garantizarse el derecho mencionado.

Se concluye el cuestionamiento indicando que la mayor parte de la población encuestada se encuentra en contra de que se pueda garantizar el derecho de defensa si se aplica la figura de la condena del absuelto.

**PREGUNTA 15:** *¿CONSIDERA QUE LA REVISIÓN DEL FALLO POR UN SEGUNDO ORGANO JURIDICCIONAL, GARANTIZA EL ACCESO A LA INSTANCIA PLURAL?*

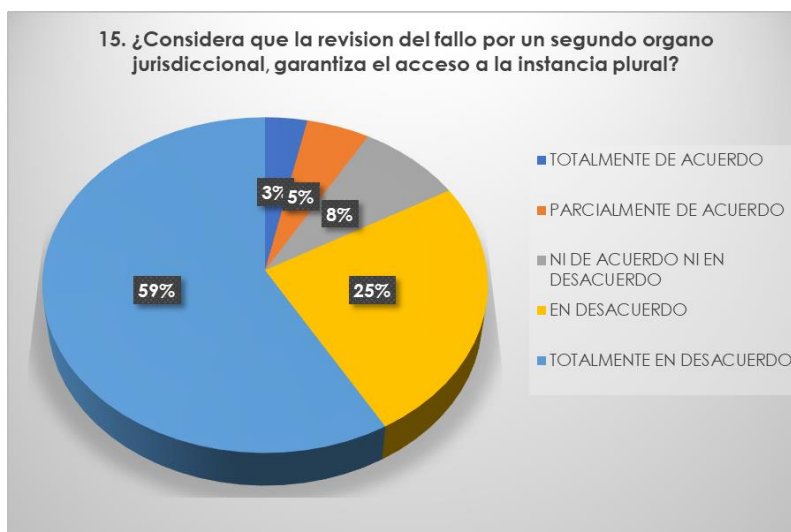


Figura 15: La revisión del fallo no garantiza el acceso a la instancia plural

Respecto de la figura 15, se infiere lo siguiente: 59% del porcentaje de encuestados estableció encontrarse en total desacuerdo en que la revisión de un fallo por un segundo órgano, garantice el acceso a la instancia plural. Se refuerza con un 25% que se encuentra en desacuerdo también de esta posición.

Por otro lado, un mínimo 8% establece no encontrarse ni de acuerdo ni en desacuerdo, mientras que un 3% se encuentra totalmente de acuerdo en que si se acceso a instancia plural con la revisión por parte de un segundo órgano, acompañada de un 5% que se encuentra parcialmente de acuerdo con la misma postura.

Se puede concluir diciendo que del cuestionamiento se establece que la mayor parte de la población encuestada considera que la revisión de un fallo por un órgano de segunda instancia no garantiza el derecho a la instancia plural.

**PREGUNTA 16: ¿CONSIDERA QUE ES LO MISMO INSTANCIA PLURAL QUE DOBLE INSTANCIA?**

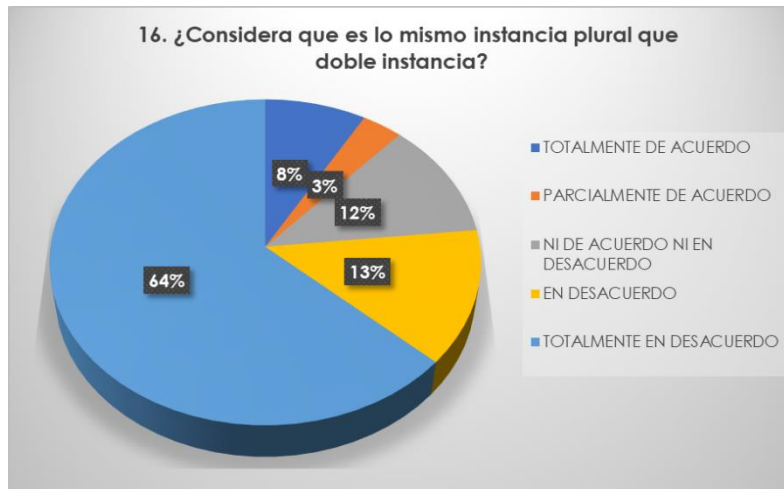


Figura 16: No es lo mismo instancia plural que doble instancia

En la figura 16 se puede establecer que el 64% de la población encuestada presenta estar en total desacuerdo respecto de que la instancia plural sea lo mismo que doble instancia. Así también el 13% de la misma población indica estar en desacuerdo respecto del mismo punto.

En ese orden de ideas, el 12% de la población encuestada no considera estar de acuerdo ni en desacuerdo respecto del planteamiento, así también el 8% de la misma población está totalmente de acuerdo en que instancia plural es lo mismo que doble instancia, reforzado por un mínimo 3% que indica que se encuentra parcialmente de acuerdo también

Al respecto podemos concluir diciendo que la mayor parte de la población encuestada se encuentra en desacuerdo respecto de que la instancia plural sea lo mismo que la doble instancia.

**PREGUNTA 17: ¿CONSIDERA QUE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL PENAL GARANTIZA EL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL EN CASOS DE LA APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO?**

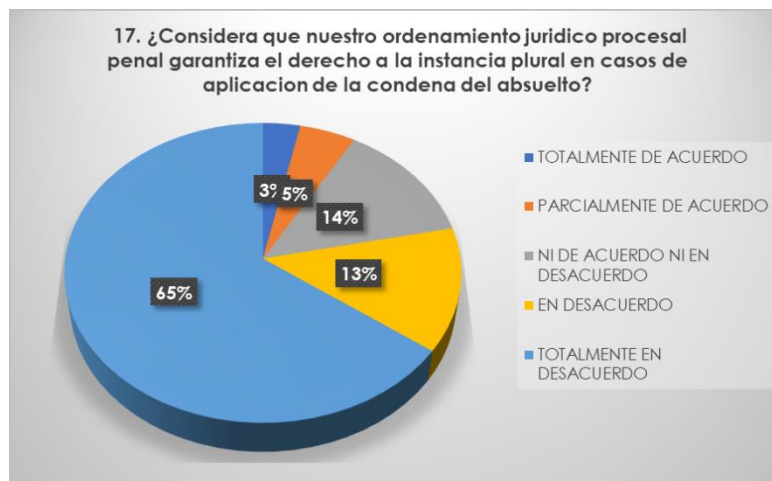


Figura 17: Nuestro ordenamiento jurídico penal no garantiza el derecho a la instancia plural en casos de condena del absuelto

En la figura 17, se establece que el 65% de la población encuestada se encuentra en total desacuerdo respecto de si nuestro ordenamiento jurídico garantiza el derecho a la instancia plural, así también un 13% refuerza la posición encontrándose en desacuerdo respecto de a misma idea.

Así mismo un 14% de nuestra población encuestada no postula una posición al respecto encontrándose ni de acuerdo ni en desacuerdo de lo cuestionado, en otro sentido un 3% de la población indica que se encuentra totalmente de acuerdo con que nuestro sistema procesal garantiza el derecho a la doble instancia en casos de la condena del absuelto, reforzado por un mínimo 5% que se encuentra parcialmente de acuerdo con la misma idea.

En conclusión, a este cuestionamiento la mayor parte de la población encuestada se encuentra en desacuerdo de que nuestro sistema procesal penal garantice el derecho a la instancia plural en casos de condena del absuelto.

**PREGUNTA 18: ¿CONSIDERA QUE EL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO SATISFACE EL DERECHO A RECURRIR EL FALLO?**

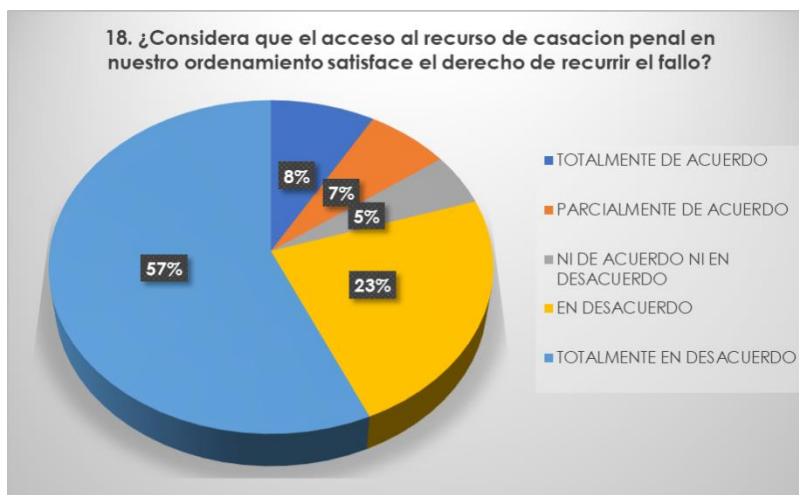


Figura 18: El recurso de casación penal no satisface el derecho a recurrir el fallo.

En la figura 18 se puede establecer que el 57% de la población encuestada se encuentra totalmente en desacuerdo en que el recurso de casación penal satisfaga el derecho a recurrir en nuestro ordenamiento jurídico. Así también el 23% de la misma población refuerzan dicha postura indicando que se encuentra en desacuerdo respecto de ese cuestionamiento.

Por otro lado, el 5% de la población encuestada no se encuentra ni de acuerdo ni en desacuerdo con el planteamiento. Mientras que un mínimo 8% indica estar totalmente de acuerdo con que el recurso de casación penal satisfaga el derecho a recurrir el fallo, apoyado en un 7% que se encuentra parcialmente de acuerdo con la misma idea.

Se puede concluir diciendo que, la mayor parte de la población encuestada no considera que el recurso de casación penal satisfaga el derecho a recurrir en el caso materia de la investigación.

**PREGUNTA 19: ¿CONSIDERA QUE LA NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN ES LA MISMA QUE LA DE UN RECURSO IMPUGNATORIO ORDINARIO?**

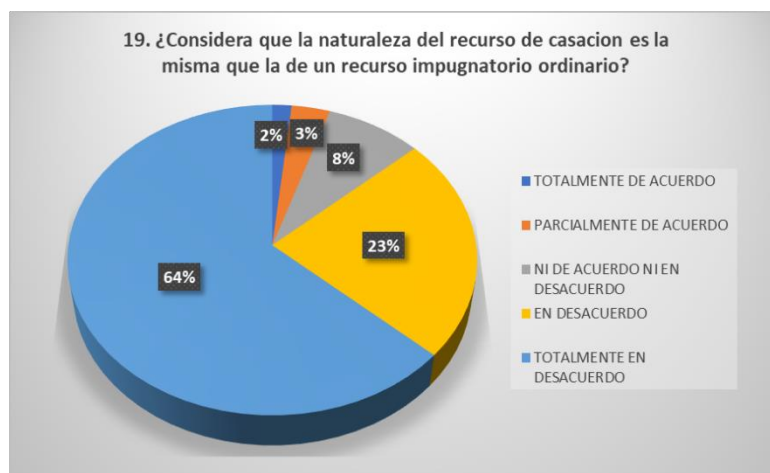


Figura 19: La naturaleza del recurso de casación no es la misma que la de un recurso impugnatorio ordinario

En la figura 19, se puede verificar que un amplio 64% de la población encuestada está totalmente en desacuerdo que el recurso de casación tenga la misma naturaleza que un recurso impugnatorio ordinario. Se encuentra apoyado por un 23% que considera estar en desacuerdo con la misma idea.

Por otro lado, el 8% de la población no se encuentra de acuerdo, pero tampoco en desacuerdo con la idea planteada. Así también un 2% considera estar totalmente de acuerdo en que el recurso de casación penal tiene la misma naturaleza que un recurso impugnatorio, apoyado en un 3% que está parcialmente de acuerdo con la misma idea.

Se puede concluir diciendo que la mayor parte de la población encuestada no considera que el recurso de casación tenga la misma naturaleza que un recurso impugnatorio ordinario.



**PREGUNTA 20:** *¿CONSIDERA QUE EL RECURSO DE CASACIÓN PUEDE SOLUCIONAR EL CUESTIONAMIENTO QUE SE LE HACE A LA APLICACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN NUESTRO PAÍS?*

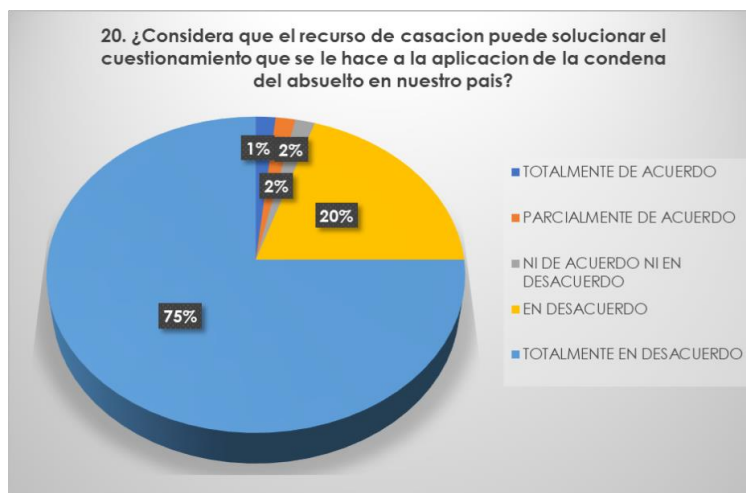


Figura 20: El recurso de casación no soluciona los cuestionamientos a la condena del absuelto

De la figura 20 se puede apreciar que el 75% de la población encuestada considera estar totalmente en desacuerdo que el recurso de casación pueda solucionar el cuestionamiento a la condena del absuelto en nuestro país. Se encuentra apoyado por un 20% que se encuentra en desacuerdo con la misma idea.

Por otro lado, un 2% de la población materia de encuesta no establece estar ni de acuerdo ni es desacuerdo con el cuestionamiento. Así también un 1% de la población considera estar totalmente de acuerdo en que el recurso de casación puede solucionar los cuestionamientos a la condena del absuelto, apoyado en un 2% que considera estar parcialmente de acuerdo con la misma idea.

Se puede concluir diciendo que la mayor parte de la población encuestada no considera que el recurso de casación pueda solucionar los cuestionamientos que se le hacen a la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país.

## **4.2. Discusión de Resultados:**

La hipótesis general planteada para esta investigación se establece como: “La condena del absuelto afecta el derecho a la instancia plural en la legislación peruana”. Bajo este enunciado que lo contiene se debe contrastar los resultados con la teoría, antecedentes, norma y jurisprudencia.

### **4.2.1. Resultado – Posiciones Doctrinarias**

De la aplicación del instrumento cuestionario a los 60 especialistas en materia penal, llámese abogados penalistas, bachilleres que aplican materia penal, jueces penales, fiscales penales y catedráticos en materia penal se concluye lo siguiente:

La formulación de las tres posiciones doctrinarias fuertes en la materia de investigación en nuestro país postulan a) *Existe afectación al principio de instancia plural*, y b) *debe establecerse la posibilidad de una nueva revisión en casos de condena del absuelto*. Entonces, el 65% de la población encuestada establece que considera estar totalmente de acuerdo en que nuestro ordenamiento jurídico no permite garantizar el derecho a la instancia plural en casos de aplicación de la condena del absuelto, en consecuencia aplicar esta figura generaría una afectación al principio de instancia plural en concordancia con las tres posiciones doctrinarias planteadas. En el mismo orden de ideas otro porcentaje de 65% de la población encuestada indicar estar totalmente de acuerdo con que la sentencia condenatoria emitida por primera vez en segunda instancia debiera estar sujeta a una nueva revisión, entonces, la aplicación de esta figura debiera estar sujeta a una nueva revisión.

Entonces se infiere que se comprueba como válidas las posiciones doctrinarias planteadas en esta investigación para la aplicación de la figura de la condena del absuelto.

### **4.2.2. Resultado – Antecedente.**

De los resultados obtenidos materia de la aplicación del instrumento en la presente investigación, se concluye que el resultado coincide con la tesis para obtener el grado de maestro de Espinola Otiniano en el año 2015, donde establece que una de las consecuencias jurídicas de aplicar la figura de la condena del absuelto sería la vulneración

de derechos constitucionales. En nuestro caso materia de investigación se establece de manera clara en los resultados que la aplicación de esta figura afecta básicamente un derecho importante en base del cual se pretende un reformulación, el derecho a la instancia plural.

#### **4.2.3. Resultado - Norma**

Nuestra legislación procesal penal regula de manera bastante clara la aplicación de la condena del absuelto de forma distinta a como lo regulaba su antecedente Código de Procedimientos Penales del año 1940 que no lo permitía, sin embargo no regula una solución para el cuestionamiento materia de análisis, de los resultados se establece que nuestra regulación no contiene un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para casos en los que se aplique la figura de la condena del absuelto, en este sentido, el 83% de la población encuestada está totalmente en desacuerdo y en desacuerdo real de que nuestra legislación garantiza un recurso impugnatorio de esa naturaleza. *Entonces se puede concluir diciendo que nuestra legislación no garantiza un recurso impugnatorio para los casos específicos de condena del absuelto.*

#### **4.2.4. Resultado – Jurisprudencia**

El resultado obtenido coincide con la posición de la jurisprudencia tanto nacional como internacional. La jurisprudencia internacional ha establecido mediante la sentencia del Caso Mohamed vs. Argentina que la aplicación de la condena del absuelto sin tener un recurso impugnatorio posterior para estos casos genera vulneración al derecho a recurrir el fallo equiparado con el derecho a la instancia plural, así también mediante la casación N° 499-2014 donde se pretendió dar solución jurisprudencial en nuestro país a este problema jurídico que genera aplicar los artículos 419.2 y 425.3.b de nuestro Nuevo Código Procesal Penal, indicándose de forma evidente la vulneración al derecho a la instancia plural.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## CONCLUSIONES

PRIMERA:- La aplicación de la condena del absuelto no es una figura que por sí misma genere afectación de derechos, su aplicación se hace dañosa cuando la regulación procesal que lo contiene no contiene a su vez un recurso impugnatorio ordinario para estos casos que garantice una nueva revisión del fallo condenatorio.

SEGUNDA:- En el caso particular de nuestra legislación si se aplicase la condena del absuelto generaría afectación de derecho porque no podría revisarse esta primera condena en segunda instancia, por un órgano distinto, impidiendo garantizar una segunda instancia para estos casos

TERCERA:- La solución planteada por la Corte Suprema de nuestra Nación, no es una solución adecuada, puesto que afecta principios importantes como el principio de celeridad, el principio de economía procesal, y más importante aún no permite un reexamen por un recurso impugnatorio. La generación de un nuevo juicio impide además el acceso efectivo de justicia también para la víctima y genera afectación de derechos.

CUARTA:- Nuestra Corte Suprema por pronunciamiento vinculante ha reconocido que la solución planteada es excesiva respecto del tiempo, lo que coincide con la posición de esta tesis que considera inadecuada la solución que se viene aplicando en la actualidad.

QUINTA:- El caso Mohamed vs Argentina supone el precedente internacional vinculante más importante en la materia, mediante él se establece que los estados partes suscritos al Convenio de San José debieran garantizar el derecho a recurrir al fallo condenatorio por primera vez, como el caso de la condena del absuelto, puesto que si no se garantiza dicho derecho se afecta el derecho a la instancia plural. Este precedente supone la implementación en nuestro país de una legislación que garantice la tutela de este derecho como propone nuestra propuesta de tesis.

SEXTA:- Nuestro país aunque ha reconocido la vulneración de derechos mediante pronunciamiento vinculante, haciendo inaplicable la regulación de nuestra norma procesal por aplicación del control difuso, no ha planteado una solución que no afecte derechos, por el contrario, mientras salvaguarda algunos afecta otros en la solución establecida por

pronunciamiento vinculante, razón que justifica el propósito de la tesis y que hace necesario el estudio de la figura jurídica materia de análisis.

## **RECOMENDACIONES**

1. Al Congreso de la República aprobar un proyecto de ley en la materia, que permita la aplicación de los artículos 419.2 y 425.3.b que contienen esta figura de la condena del absuelto, pero implementando un nuevo recurso ordinario impugnatorio para los condenados por primera vez en segunda instancia, que garantice una revisión eficaz y donde exista los principio fundamentales del proceso como son debido proceso y juez natural.
2. Al Poder Judicial, en vista de la contradicción de sus pronunciamientos vinculantes la capacitación amplia respecto de esta materia para su personal jurisdiccional que aplica en materia penal pueda asumir de manera uniforme la protección de este principio básico de instancia plural garantizando este derecho para todos los justiciables.
3. Al Ministerio de Justicia, que capacite a los abogados y estudiantes de derecho, para entiendan que esta garantía plena del derecho a la instancia plural permite que no exista afectación dentro del proceso, por lo que conllevaría a un proceso justo y adecuado para cada uno de los justiciables recordando que la finalidad del proceso no es de ninguna manera la sanción penal, sino que la sanción penal es el medio para los fines establecidos en la constitución, por lo que un proceso con las garantías adecuadas nos permite desarrollarnos en una sociedad de derecho y crecer como tal.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARIANO DEHO, Eugenia. (2003) Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso. Sección Debate del número 9 de la *Revista Advocatus*, Nueva Época, II.
- ARIANO DEHO, E. (2003) Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso. Sección Debate del número 9 de la revista *Advocatus*, Nueva Época.
- ARIANO DEHO, E. (2005) “Comentarios al numeral 6 (pluralidad de la Instancia), del artículo 139 de la Constitución Política. En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II.
- ARIANO DEHO, E. (2003) “En defensa del derecho de Impugnar en el proceso civil (Vicisitudes de una garantía ‘incomprendida’)”, publicado en: *Problema del Proceso Civil*. Jurista Editores.
- ARIANO DEHO, E. (2004) “Impugnaciones ‘injustas’: Una abstracta polémica y un concreto caso”, publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Ed. Gaceta Jurídica Año 9. N° 66
- AYAN, M. (1985) “El imputado tiene derecho a que la nueva sentencia, no mediante recurso acusatorio, no sea para el más gravosa que la sentencia anulada”, Recursos en Materia Penal, Ed. Lemer, Córdoba, (Arg.).
- AYAN, M. (1969) La prohibición de la Reformatio In Peius, en *Cuadernos De Los Institutos*, Ed: Universidad Nacional de Córdoba (Arg.), N° 105
- CARRERA TÚPAC YUPANQUI, S., (2011) El absuelto puede ser condenado por el ad quem en el CPP de 2004. ¿Dicha facultad vulnera el principio de la doble instancia? En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 26, Gaceta Jurídica
- CARRERA S. (2004) *Absuelto podrá ser condenado por superior jerárquico con el CPP-Recuperado* en: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/Índex.php?mod=eontenido&corn=c ontenido&id= 6586>.
- CARRIÓ, A., D., (1997) *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1° reimpr.



- CHINCHAY CASTILLO, A. (2012) Condena del absuelto: la primera vez duele, 'porque así siempre ha sido, y así siempre será. Análisis de los artículos 419.2 y 425.3.B del Código Procesal Penal de 2004. En: *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*. Gaceta jurídica, Pedro Alva Monge (Coord.) Lima.
- CLARÍA OLMEDO, J. A., (1983) *Derecho Procesal, Tomo II, Estructura del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma,
- FERRAJOLI, L. (1996) Los valores de la doble instancia y nomofilaquia. En: *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires.
- GACETA JURÍDICA, (2011) Condenar al imputado en segunda instancia no vulnera el derecho a la instancia plural. Corte Suprema desaprueba resolución que inaplicó vía control difuso el artículo 425.3.b del NCPP, *Gaceta Penal & Procesal penal*, t. 23.
- GACETA JURÍDICA. (2010) *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Penal del 2004*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- GIMENO SENDRA, V. (1988) *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos,
- GUZMÁN FERRER, F. (1982) *Código de Procedimientos penales*. Lima: Cultural Cuzco.
- HORVITZ, M. y LÓPEZ J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno, T. II*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- IBÉRICO CASTAÑEDA, F. *La apelación y condena del absuelto, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE*. En: <http://200.121.60.62/foro/viewtopic.php?f=15&t=33>. Información obtenida con fecha 24 de diciembre de 2010.
- MADRID, C, (2011) *Condena del Absuelto. Comentario a la Jurisprudencia*. En: Boletín N° 25. Estudio Oré Guardia Abogados.
- MAIER, J. B.J. (2004) *Derecho Procesal penal*. T. I. Editores del Puerto, Buenos Aires,
- MAIER, Julio B.J. (1997) El recurso del condenado contra la sentencia de condena ¿una garantía procesal? En: AA.VV. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- MAIER, Julio B.J. (2008) Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in ídem). En: *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Trujillo: Editorial Palestra.
- MAIER, Julio B.J. (2005). *La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in ídem?* En: [www.ciencias-penales.org/REVISTAS%2012/maier12.htm](http://www.ciencias-penales.org/REVISTAS%2012/maier12.htm).
- MORALES, B. (2011) La condena del absuelto en instancia única del Nuevo Código Procesal Penal peruano: A propósito de la Ejecutoria de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. En: *Jus Liberabit - Revista Informativa y de Actualidad Jurídica*, Corte Superior de Justicia de lea, Año I – N° 6.
- NÚÑEZ PÉREZ, F. (2013) *La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal penal*. Lima: Grijley
- ORÉ GUARDIA, A. (2011) La condena del absuelto. Documento Complementario". En: *Jus Liberabit - Revista Informativa y de Actualidad Jurídica*, Corte Superior de Justicia de lea, Año I – N° 6.
- ORÉ GUARDIA, A. (1996) *Manual de Derecho Procesal penal*. Lima: Alternativas
- ORÉ GUARDIA, A. (2011) *Manual de Derecho Procesal Penal*. T. 1, Lima: Editorial Reforma, 1-ed., diciembre 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2006) *Exégesis del nuevo Código Procesal penal*. Lima: Rhodas.
- SALAS ARENAS, (2011) Función de revisión de mérito del fallo condenatorio respecto de quien fue absuelto en primera instancia de juzgamiento". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 27, Gaceta Jurídica, setiembre
- SALAS ARENAS, (2010) *Sobre la imposibilidad jurídica de la reformatio in peius en el juicio de revisión de la sentencia de absolución*. En: <http://200.121.60.62/foro/viewtopic.php?f=15&t=33>.
- SÁNCHEZ CÓRDOVA, J. (2014) El recurso de apelación: Problemas de aplicación derivados de la reforma procesal penal". En: *Nuevo Código Procesal penal*

*comentado*. Vol. 2. Alexander Claros Ganados y Gonzalo Castañeda Quiroz (Coord.). Ediciones legales, Lima,

SÁNCHEZ CÓRDOVA, J. (2011) “La condena del absuelto en el Código Procesal penal de 2004”. En: *Manual del Código Procesal penal*. Manuel Alberto Torres Carrasco (Dir.). Gaceta Jurídica, Lima,

SAN MARTÍN CASTRO, C., (2012) Control difuso en materia penal". En: Estudios de Derecho Procesal Penal, Grijley,

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003) *Derecho Procesal Penal*, Vol II, Grijley, 2° ed.,

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2001) *Derecho procesal penal*. Vol. I. Grijley. Lima,

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2012) “El recurso de apelación penal: los casos peruano y chileno”. En: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Grijley,

SAN MARTIN CASTRO, C. (2012) *Estudios de Derecho Procesal penal*. Grijley, Lima,

SÁNCHEZ CÓRDOVA, C. (2011) La condena del absuelto en el Código Procesal penal de 2004. En: *Manual del Código Procesal penal*. Manuel Alberto Torres Carrasco (Dir.). Gaceta Jurídica, Lima,

VARGAS YSLA, R. (2012) La condena del absuelto en el CPP y sus implicancias en el ordenamiento jurídico: tutela judicial efectiva vs. Doble instancia (‘un pequeño gran sacrificio’). En: *Gaceta penal y procesal penal*. T. 35, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de

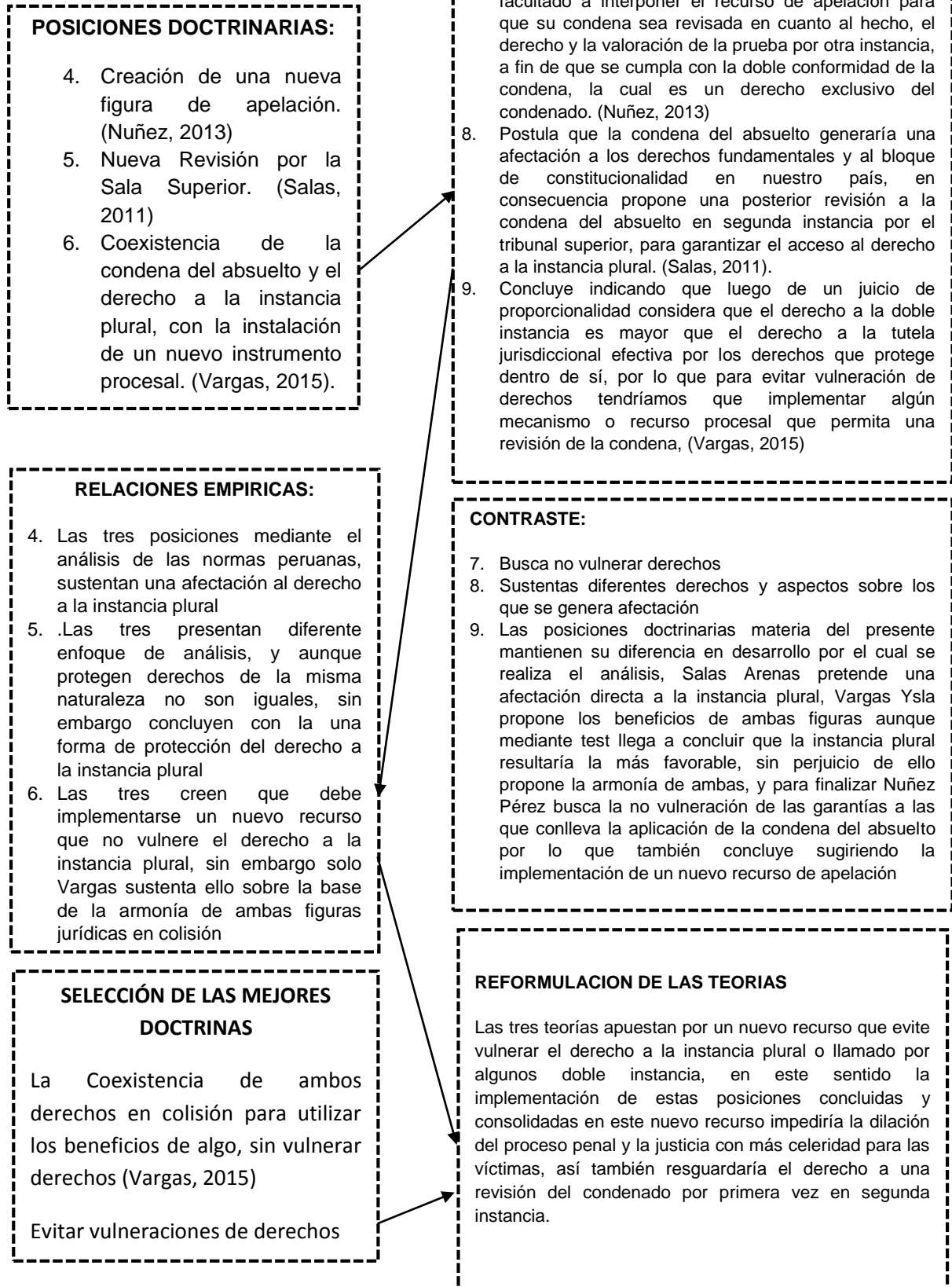
VARGAS YSLA, R. (2015) *La condena del absuelto y el derecho del condenado a un recurso amplio e integral*. Lima: Rodhas,

VEGAS TORRES, J. (1993) *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La ley

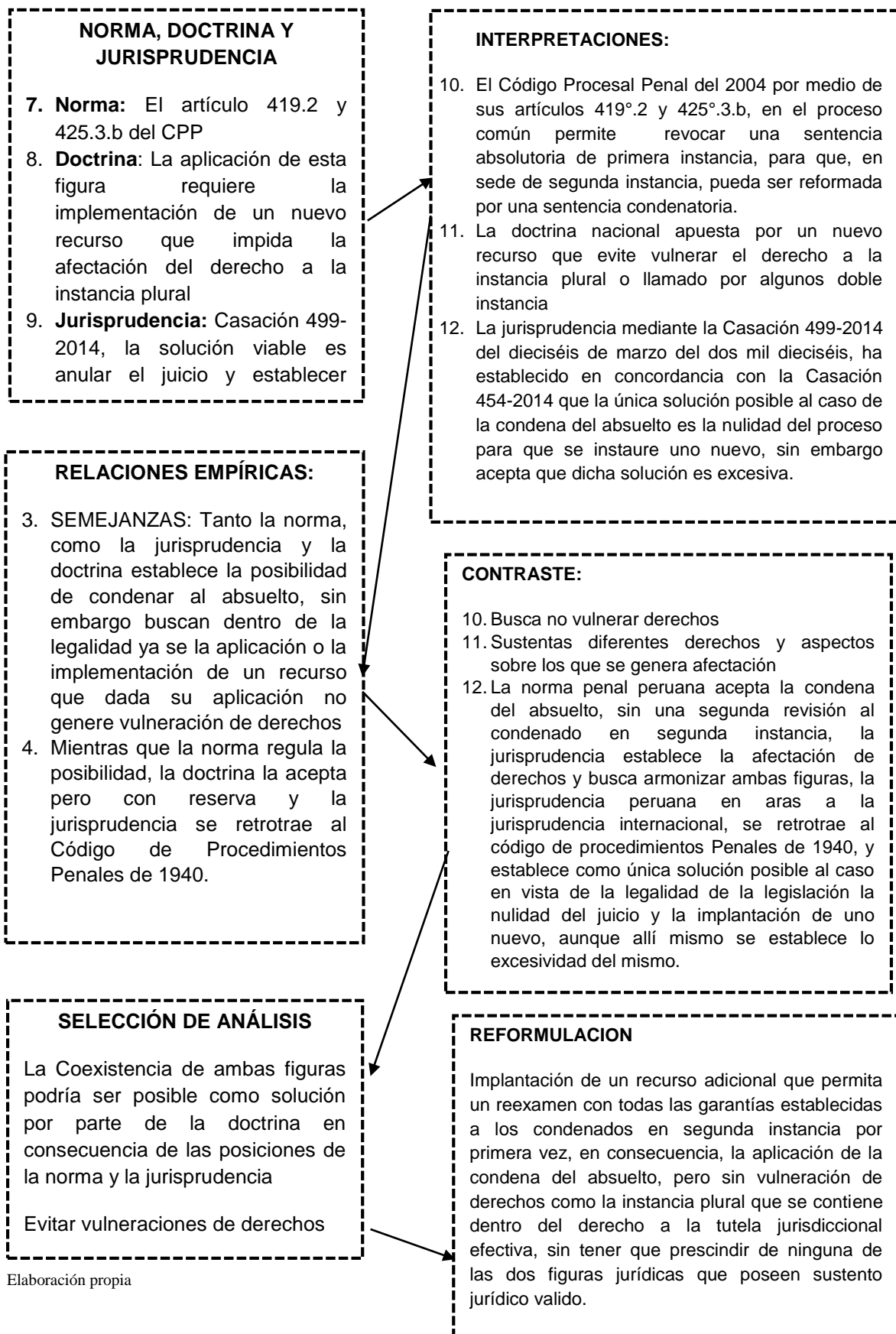
## **ANEXOS**

## ANEXO 1: Tabla 1

### *Triangulación de Posiciones Doctrinas*



Triangulación de Norma, Doctrina y Jurisprudencia



ANEXO 3:

*Tabla 3: Muestra de población encuestada*

<b>CATEGORÍAS</b>	<b>BACHILLERES</b>	<b>ABOGADOS</b>	<b>FISCALES</b>	<b>JUECES</b>	<b>CATEDRÁTICOS</b>	<b>TOTAL</b>
Femenino	4	18	2	3	2	29
Masculino	8	16	3	2	2	31
TOTAL	12	34	5	5	4	60

ANEXO 4

Tabla 4: Operacionalización de Variable

<i>VARIABLES</i>	<i>DEFINICIÓN NOMINAL</i>	<i>DIMENSIONES</i>	<i>INDICADORES</i>	<i>ITEMS</i>
<i>La condena del absuelto</i>	<i>La condena del absuelto implica que un imputado absuelto por el Juez Penal de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado puede ser condenado por la Sala Penal Superior al resolver el recurso de apelación.</i>	<i>- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	<i>No se garantiza el derecho a recurrir el fallo.</i>	<p>1. <i>¿Considera que la aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeta a una nueva revisión?</i></p> <p>2. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el fallo?</i></p> <p>3. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir el fallo?</i></p>
			<i>No se garantiza el derecho a un recurso impugnatorio sencillo, rápido y efectivo</i>	<p>4. <i>¿Considera que nuestro sistema procesal penal contiene un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para los casos de condena del absuelto?</i></p> <p>5. <i>¿Considera que debiera existir un recurso impugnatorio en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i></p>



		<i>Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de República del Perú</i>	<i>La única solución posible en la legislación peruana es declarar la nulidad de todo lo actuado e instaurar nuevo juicio</i>	<p>6. ¿Considera que declarar la nulidad de todo lo actuado por la Suprema Corte de nuestra Nación para casos de condena del absuelto es legal?</p> <p>7. ¿Considera que genera afectación de derechos la solución planteada por la Corte Suprema de nuestra Nación?</p> <p>8. ¿Considera que la solución planteada por nuestra Suprema Corte afecta el principio de economía procesal?</p>
			<i>Aunque declarar la nulidad es la única solución posible es una solución muy extensa</i>	<p>9.¿Considera una solución muy extensa la planteada por la Suprema Corte de nuestra Nación?</p> <p>10.¿Considera que la solución de la Corte Suprema establecida mediante pronunciamiento vinculante afecta el principio de celeridad?</p>
<i>Derecho a la instancia plural</i>	<i>El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía del debido proceso, puesto que con él se persigue que lo dispuesto por un juez “A Quo”, pueda ser revisado</i>	<i>Derecho a la tutela jurisdiccional Efectiva</i>	<i>Vulneración al Debido Proceso</i>	<p>11.¿Considera que genera afectación al debido proceso la aplicación de la condena del absuelto?</p> <p>12.¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto tal como lo regula nuestra norma procesal generaría una</p>

	<p><i>por un órgano legal y funcionalmente superior, y del tal forma se permita que lo resuelto sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.</i></p>			<p><i>"condena en instancia única"?</i></p>
			<p><i>Vulneración al Derecho de Defensa</i></p>	<p><i>13. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa?</i>  <i>14. ¿Considera que nuestro ordenamiento puede garantizar el derecho de defensa en casos de condena del absuelto?</i></p>
			<p><i>el derecho a la instancia plural no se garantiza con una segunda sentencia</i></p>	<p><i>15. ¿Considera que la revisión del fallo por un segundo órgano jurisdiccional, garantiza el acceso a la instancia plural?</i>  <i>16. ¿Considera que es lo mismo instancia plural que doble instancia?</i>  <i>17. ¿Considera que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal garantiza el derecho a la instancia plural en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i></p>

			<p><i>El recurso de casación no satisface el derecho a recurrir el fallo condenatorio</i></p>	<p><i>18. ¿Considera que el acceso al recurso de casación penal en nuestro ordenamiento satisface el derecho de recurrir el fallo?</i></p> <p><i>19.¿Considera que la naturaleza del recurso de casación es la misma que la de un recurso impugnatorio ordinario?</i></p> <p><i>20. ¿Considera que el recurso de casación puede solucionar el cuestionamiento que se le hace a la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país?</i></p>
--	--	--	---	--

TABLA 5

Aceptado (2)	Modificado (1)	Rechazado (0)	Observación
--------------	----------------	---------------	-------------

Tabla 5: Cuadro de Validación del Instrumento

CUESTIONARIO	BACHILLER	ABOGADO	JUEZ	FISCAL	CATEDRATICO	SUMATORIA	VALOR (V)
1. <i>¿Considera que la aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
2. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el fallo?</i>	2	1	1	2	2	8	<b>0.8</b>
3. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir el fallo?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
4. <i>¿Considera que nuestro sistema procesal penal contiene un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para los casos de condena del</i>	1	2	2	2	2	9	<b>0.9</b>

<i>absuelto?</i>							
<i>5. ¿Considera que debiera existir un recurso impugnatorio en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
<i>6. ¿Considera que declarar la nulidad de todo lo actuado por la Suprema Corte de nuestra Nación para casos de condena del absuelto es legal?</i>	1	1	2	1	1	6	<b>0.6</b>
<i>7. ¿Considera que genera afectación de derechos la solución planteada por la Corte Suprema de nuestra Nación?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
<i>8. ¿Considera que la solución planteada por nuestra Suprema Corte afecta el principio de economía procesal?</i>	2	2	2	1	2	9	<b>0.9</b>
<i>9. ¿Considera una solución muy extensa la planteada por la Suprema Corte de nuestra Nación?</i>	1	2	2	2	1	8	<b>0.8</b>

10. <i>¿Considera que la solución de la Corte Suprema establecida mediante pronunciamiento vinculante afecta el principio de celeridad?</i>	2	2	1	2	2	9	<b>0.9</b>
11. <i>¿Considera que genera afectación al debido proceso la aplicación de la condena del absuelto?</i>	2	1	1	2	2	8	<b>0.8</b>
12. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto tal como lo regula nuestra norma procesal generaría una "condena en instancia única"?</i>	1	2	2	2	2	9	<b>0.9</b>
13. <i>¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa?</i>	2	2	2	1	2	9	<b>0.9</b>
14. <i>¿Considera que nuestro ordenamiento puede garantizar el derecho de defensa en casos de condena del absuelto?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>

15. <i>¿Considera que la revisión del fallo por un segundo órgano jurisdiccional, garantiza el acceso a la instancia plural?</i>	2	1	2	2	2	9	<b>0.9</b>
16. <i>¿Considera que es lo mismo instancia plural que doble instancia?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
17. <i>¿Considera que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal garantiza el derecho a la instancia plural en casos de aplicación de la condena del absuelto?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
18. <i>¿Considera que el acceso al recurso de casación penal en nuestro ordenamiento satisface el derecho de recurrir el fallo?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>
19. <i>¿Considera que la naturaleza del recurso de casación es la misma que la de un recurso impugnatorio ordinario?</i>	2	2	2	2	2	10	<b>1</b>

<p>20. <i>¿Considera que el recurso de casación puede solucionar el cuestionamiento que se le hace a la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país?</i></p>	1	2	2	2	2	9	<b>0.9</b>
							<b>0.947826087</b>



## ANEXO 6

### **CUESTIONARIO SOBRE LA REFORMULACIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO A PARTIR DEL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL**

Agradecemos su participación en el desarrollo del presente cuestionario que tiene por finalidad esclarecer si existe afectación al principio de pluralidad de instancias en la aplicación de la figura de la condena del absuelto.

El cuestionario es anónimo:

#### **1. Aspecto generales:**

##### **1.1.Grado académico.**

- a) Bachiller
- b) Abogado
- c) Juez
- d) Fiscal
- e) Catedrático

##### **1.2.Entidad donde labora**

.....

##### **1.3.Años de experiencia**

- a) De 1 a 5 años                      b) De 5 a 10 años                      c) De 10 a 15 años
- c) De 15 a mas...

##### **1.4.Sexo**

- a) Masculino                      b)Femenino

## **2. Preguntas del Cuestionario:**

2.1. ¿Considera que la aplicación de la figura de la condena del absuelto debiera estar sujeto a una nueva revisión?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.2. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto afecta el derecho a recurrir el fallo?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.3. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto necesita de un recurso impugnatorio que garantice el derecho a recurrir el fallo?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.4.¿Considera que nuestro sistema procesal penal contiene un recurso impugnatorio ordinario, sencillo, rápido y efectivo para los casos de condena del absuelto?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.5.¿Considera que debiera existir un recurso impugnatorio en casos de aplicación de la condena del absuelto?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.6.¿Considera que declarar la nulidad de todo lo actuado por la Suprema Corte de nuestra Nación para casos de condena del absuelto es una solución adecuada?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.7.¿Considera que genera afectación de derechos la solución planteada por la Corte Suprema de nuestra Nación?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.8.¿Considera que la solución planteada por nuestra Suprema Corte afecta el principio de economía procesal?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.9.¿Considera una solución muy extensa la planteada por la Suprema Corte de nuestra Nación?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.10. ¿Considera que la solución de la Corte Suprema establecida mediante pronunciamiento vinculante afecta el principio de celeridad?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.11. ¿Considera que genera afectación al debido proceso la aplicación de la condena del absuelto?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.12. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto tal como lo regula nuestra norma procesal generaría una "condena en instancia única"?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.13. ¿Considera que la aplicación de la condena del absuelto vulnera el derecho de defensa?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.14. ¿Considera que nuestro ordenamiento puede garantizar el derecho de defensa en casos de condena del absuelto?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.15. ¿Considera que la revisión del fallo por un segundo órgano jurisdiccional, garantiza el acceso a la instancia plural?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.16. ¿Considera que es lo mismo instancia plural que doble instancia?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.17. ¿Considera que nuestro ordenamiento jurídico procesal penal garantiza el derecho a la instancia plural en casos de aplicación de la condena del absuelto?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.18. ¿Considera que el acceso al recurso de casación penal en nuestro ordenamiento satisface el derecho de recurrir el fallo?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.19. ¿Considera que la naturaleza del recurso de casación es la misma que la de un recurso impugnatorio ordinario?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

2.20. ¿Considera que el recurso de casación puede solucionar el cuestionamiento que se le hace a la aplicación de la condena del absuelto en nuestro país?

- a) Totalmente de acuerdo
- b) Parcialmente de acuerdo
- c) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo



## ANEXO 7

Proyecto de ley para implementar un recurso de apelación especial

### **LEY QUE IMPLEMENTA UN SUPUESTO ADICIONAL PARA EL RECURSO DE APELACIÓN EN CASOS DE CONDENA DEL ABSUELTO**

#### **Artículo 416°; Resoluciones Apelables y exigencia formal**

3. De manera excepcional procederá un recurso de apelación contra resoluciones emitidas por las Salas penales superiores cuando estas emitieran decisión condenatoria por primera vez, este recurso tendrá el mismo tratamiento que supone la apelación como tal.

#### **Artículo 417°; Competencia**

3. Contra las decisiones emitidas por las Salas Penales Superiores, en los casos excepcionales establecidos en el artículo 416.3, conoce este recurso la Salas Supremas Penales con todas las garantías que supone la naturaleza del recurso, Así mismo le corresponde a estas Salas Supremas en caso de conocer estos recursos de apelación, las mismas facultades prescritas en los artículos 419 y demás que se establezcan para el recurso de apelación, Con excepción de que en estos casos se necesitaran 3 votos de colegiado para absolver la decisión.