



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA Y LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE DEFENSA Y PLURALIDAD DE INSTANCIAS

(Estudio de audios de audiencias de las Salas Penales de
Apelación de Cusco del año 2014)

PRESENTADA POR LA BACHILLER:

LISSI INDIRA TRUJILLO ROLDÁN

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR:

DR. PERCY VELÁSQUEZ DELGADO

CUSCO – PERÚ

2016



AGRADECIMIENTOS

A Dios, quien con su gran misericordia me ayuda a sobrepasar todos los obstáculos puestos en el camino.

*A mis **padres**, quienes no dudaron en brindar todo tipo de apoyo para la conclusión de mi carrera profesional y me dieron alientos para no dejar de persistir.*

*A mis **asesores**, quienes no descansaron durante el proceso y hasta el último momento de la realización de esta tesis, con sus grandes ideas pude lograr una mejoría constante.*

*Expresar mi más sincero agradecimiento a los **docentes** de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Andina del Cusco, ya que fue el conocimiento brindado por ellos una gran ayuda.*



DEDICATORIA

A Dios, mi pilar fundamental de cada día.

Para Wilbert y Juanita, mis padres, quienes efectuaron muchos sacrificios para poder realizar el presente trabajo, ellos que nunca desistieron en lograr que se cumpla este gran sueño. Para Natali, mi hermana, ella que con entusiasmo y alegría me animó a continuar sin renunciar.

A mi abuelita y a mis tías, quienes me brindan una ayuda constante y valiosa.

Finalmente, a mis amigas, para todas aquellas que me brindan una amistad hace ya bastantes años, y para las que he tenido el mayor privilegio de conocer hace poco pero que han aportado mucho.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA iii

ÍNDICE GENERALiv

RESUMEN EJECUTIVOix

ABSTRACTxi

INTRODUCCIÓN 1

1. CAPÍTULO I.....3

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....3

1.1. Descripción del problema3

1.2. Formulación del problema.....6

 1.2.1. Problema General.....6

 1.2.2. Problemas Específicos6

1.3. Objetivos de la investigación.....7

 1.3.1. Objetivo general.....7

 1.3.2. Objetivos específicos7

1.4. Justificación del estudio8

1.5. Limitaciones de la investigación.....8

1.6. Aspectos éticos8

2. CAPÍTULO II.....9

MARCO TEÓRICO9

2.1. Antecedentes de la investigación9

 2.1.1. Tesis9

 2.1.2. Artículos Especializados14

2.2. Bases teóricas.....17

 2.2.1. Los derechos del proceso penal como parte del debido proceso17

 2.2.1.1. Aspectos Introdutorios17

 2.2.1.2. Debido proceso.....26

 2.2.1.2.1. Pluralidad de instancias como parte del debido proceso37



2.2.1.2.2. Derecho de defensa como parte del debido proceso.....46

2.2.2. El recurso de apelación en el marco del proceso penal peruano56

 2.2.2.1. El proceso penal común.....56

 2.2.2.1.1. Etapa de investigación63

 2.2.2.1.2. Etapa intermedia65

 2.2.2.1.3. Etapa de juzgamiento.....67

 2.2.2.2. La impugnación.....77

 2.2.2.2.1. Recursos impugnatorios78

2.3. Marco conceptual.....96

2.4. Hipótesis.....99

 2.4.1. Hipótesis General.....99

 2.4.2. Hipótesis Específicas99

2.5. Categorías de estudio100

3. CAPÍTULO III.....101

DISEÑO METODOLÓGICO101

3.1. Metodología aplicada al estudio101

3.2. Universo y muestra102

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.102

 3.3.1. Técnicas.....102

 3.3.2. Instrumentos102

4. CAPÍTULO IV103

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN103

4.1. Inasistencia del imputado a la audiencia de apelación de sentencia103

4.2. Inasistencia del imputado y su abogado defensor a la audiencia de apelación de
sentencia118

5. CAPÍTULO V158

DISCUSIÓN.....158



CONCLUSIONES	182
RECOMENDACIONES	184
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	191
LISTA DE ABREVIATURAS	200
ANEXOS	201



RELACIÓN DE TABLAS

TABLA N° 1: Expediente N° 1127-2011 sobre delito de Peculado Doloso sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años. 105

TABLA N° 2: Expediente N° 394-2012 sobre delito de Lesiones Leves agravadas por Violencia Familiar sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años..... 109

TABLA N° 3: Expediente N° 1242-2012 sobre delito de Estafa genérica sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años. 114

TABLA N° 4: Expediente N° 171-2011 sobre delito de Adulteración de Documento Privado y Apropiación Ilícita sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años y delito de Adulteración de Documento Privado sancionado con 2 años suspendida por el mismo plazo 119

TABLA N° 5: Expediente N° 1144-2010 sobre delito de Peculado Doloso por Apropiación sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años y con 3 años suspendida por 2 años correspondientemente. 125

TABLA N° 6: Expediente N° 1671-2012 sobre delito de Actos contra el pudor en menor de edad sancionado con 10 años de pena privativa de libertad 130

TABLA N° 7: Expediente N° 1471-2011 sobre delito de Uso de Documento Falso sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años, así como 300 días multa. 135

TABLA N° 8: Expediente N° 124-2013 sobre delito de Sustracción de Menor sancionado con reserva de fallo condenatorio con periodo de prueba de 1 año..... 139

TABLA N° 9: Expediente N° 1549-2011 sobre delito de Homicidio Simple sancionado con 12 años de pena privativa de libertad..... 144

TABLA N° 10: Expediente N° 1013-2012 sobre delito de Lesiones Graves sancionado con S/. 1 500 nuevos soles de reparación civil..... 149

TABLA N° 11: Expediente N° 1391-2011 sobre delito de Uso de documento falso sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el



plazo de 3 años al autor y 3 años y 6 meses suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años para el coautor.....153

TABLA N° 12: Expediente N° 1140-2011 sobre delito de Atentados contra el Derecho de Sufragio sancionado con 1 año y 6 meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 1 año163

TABLA N° 13: Expediente N° 29-2014 sobre delito de Atentados contra los Monumentos Arqueológicos sancionado con 2 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 1 año166

TABLA N° 14: Aspectos generales del expediente N° 02964-2011-PHC/TC – Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2013.....170

TABLA N° 15: Expediente N° 02964-2011-PHC/TC – Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2013. CRITERIO RESPECTO A LA INASISTENCIA ÚNICAMENTE DEL IMPUTADO A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN – TEST DE PROPORCIONALIDAD172

TABLA N° 16: Expediente N° 02964-2011-PHC/TC – Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2013. CRITERIO RESPECTO A LA INASISTENCIA DEL IMPUTADO Y SU ABOGADO DEFENSOR A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN175

TABLA N° 17: Expediente N° 01328-2014-PHC/TC – Sentencia Interlocutoria del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 2014.....179



RESUMEN EJECUTIVO

Desde el año 1993 ha entrado en vigencia en nuestro país la Constitución Política del Perú, la misma que nos sirve de guía hasta la actualidad, dentro de este cuerpo normativo se encuentra el artículo 139, éste prescribe lo referente a los derechos y principios de la función jurisdiccional. Dentro del artículo en mención observamos el derecho a contar con una defensa adecuada así como el de pluralidad de instancias, derechos no sólo reconocidos en la Constitución, sino también en instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que deben de ser garantizados ante todo.

Sin embargo, lo prescrito por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, permite una clara vulneración y restricción de los derechos arriba mencionados y esto porque ante la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación de sentencia se sanciona con la inadmisibilidad del recurso interpuesto, no obstante el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la presencia del imputado no es necesaria para la realización de la audiencia pues él no es el encargado de fundamentar la apelación, a lo que se debe agregar que dicha inadmisibilidad se debe materializar únicamente con la inasistencia del imputado y al mismo tiempo de su abogado defensor aunque no exista disposición normativa que regule tal situación, ello en mérito a la interpretación que de dicho artículo ha hecho el Tribunal Constitucional.

Y decimos esto, porque los magistrados de las Salas Superiores no son los únicos que deben de garantizar el respeto irrestricto de derechos reconocidos en la Constitución, sino también lo deben hacer los representantes del Ministerio Público en atención al principio de objetividad que rige su función, y lo que es más importante aún, serán los abogados defensores los encargados de velar por el respeto y garantía de éstos.

Pero qué sucede si el actuar de los tres sujetos procesales arriba mencionados no es el adecuado y por esa razón un ciudadano se queda con una sentencia condenatoria de primera instancia sin pasar revisión de un órgano superior, o peor aún, qué sucede si un



sentenciado ha confiado en la labor de su abogado defensor y ha terminado siendo el más perjudicado.

La respuesta es sencilla, quedará con una sentencia que lo condena a varios años de cárcel u otra sanción pues en la audiencia de apelación de sentencia no había quién oralice el recurso impugnatorio admitido previamente por escrito y no podrá obtener una respuesta satisfactoria por parte del Tribunal Constitucional ya que éste recientemente ha emitido una sentencia interlocutoria mediante la cual se declara improcedente una pretensión similar pese a estar en juego la libertad personal y los derechos de defensa y pluralidad de instancias.



ABSTRACT

Since 1993 it has entered into force in our country the Constitution of Peru, the same that guides us to the present, within this regulatory body section 139 is, it prescribes regarding the rights and principles judicial function. Within the article in question observe the right to have an adequate defense and the plurality of instances, not only recognized in the Constitution, also they are in international instruments such as the American Convention on Human Rights and the International Covenant on civil and Political, so that should be guaranteed to all.

However, prescribed by paragraph 3 of Article 423 of the Criminal Procedure Code allows a clear violation and restriction of the above rights and this because with the absence of the accused to the appeal hearing sentencing is sanctioned by the action inadmissible filed, however the Constitutional Court has indicated that the presence of the accused is not necessary for the conduct of the hearing because he is not responsible to base the appeal, to which must be added that the inadmissibility should materialize only with the absence of the accused while his defense attorney although there is no legal provision governing this situation, this merit to the interpretation of that article the Constitutional Court has done. We say this because the judges of the Superior Courts are not the only ones who need to ensure full respect of the rights recognized in the Constitution, but so must the public prosecutors in regard to the principle of objectivity that governs its function, and what is more important, defense lawyers will be responsible for ensuring respect and guarantee these.

But what happens if the act of the three procedural subjects above is not adequate and for that reason a citizen is left with a conviction of first instance without going review of a superior body, or worse, what happens if a convicted has relied on the work of his defense lawyer and has ended up being the most affected. The answer is simple, stay with a sentence that condemns him to several years in prison or other sanction as in the appeal hearing sentencing was not who base the appeal contesting previously admitted in writing and can not get a satisfactory answer by the Court constitutional since it has recently issued an interlocutory judgment in which it declared inadmissible a similar claim at stake despite being personal freedom and the rights of defense and plurality of instances.



INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal tiene varios años de vigencia en el Perú, desde luego en su haber existen varios cuestionamientos pues muchas veces lo legislado vulnera o restringe derechos estipulados en la Constitución.

Pues bien, haciendo una revisión del mencionado cuerpo normativo, encontramos el artículo 423, el mismo que regula lo concerniente al emplazamiento para la audiencia de apelación de sentencia, de manera específica el inciso 3 prescribe que “si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso (...)”. Frente a esta situación ha surgido una controversia que, como era de preverse, ha sido expuesta ante los magistrados del Tribunal Constitucional. Así, en el año 2013 se emitió la sentencia que recae en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC donde se realiza un debate al respecto, concluyendo que para la realización de la audiencia no es necesaria la presencia del imputado pero si la de su abogado defensor, quien será el encargado de exponer el recurso de apelación planteado, no obstante indica claramente que si no concurren a dicha audiencia tanto el imputado como su abogado defensor, el recurso será declarado inadmisibile.

Un año después, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia interlocutoria recaída en el expediente N° 01328-2014-PHC/TC, donde confirma la posición adoptada y es que se declara improcedente el recurso de agravio constitucional al no existir lesión iusfundamental comprometida en tanto el recurso de apelación fue declarado inadmisibile correctamente pues a la audiencia no concurrieron ni el imputado ni el abogado defensor.

Se puede apreciar que en el marco de los dos supuestos de inadmisibilidada arriba señalados podrían ser vulnerados o restringidos derechos como el de defensa y la pluralidad de instancias al no ser revisada por un órgano superior una sentencia emitida por el *A quo* con la que no se está de acuerdo.

Con tal fin, el presente trabajo analiza cada caso con similares características debatidos en las Salas Penales de Apelación de Cusco, para comprobar de esta forma si se



restringen o vulneran derechos constitucionales y de ser el caso indagar el por qué. De la misma forma se estudiará si se prevalecen ciertos principios sobre estos derechos.

Respecto al marco teórico, éste se apoya en el desarrollo de las siguientes categorías: recurso de apelación de sentencia, derecho de defensa y derecho de pluralidad de instancias. Resulta trascendental entenderlos pues ahí radica la importancia del trabajo de investigación.

Si bien la investigación se centra en el análisis de procesos llevados en segunda instancia, también es sustancial analizar las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se incluye una posición respecto al tema de investigación. Finalmente, una vez comprobada la hipótesis planteada se ofrecerán soluciones, a fin de proponer ajustes en el marco legal cuestionado teniendo en cuenta todos los aspectos analizados y con el propósito de mejorar nuestra administración de justicia.



1. CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

En el año 1993, se proclamó la Constitución Política del Perú, iniciando así una nueva era de observancia y respeto a los derechos y garantías reconocidos en el mencionado cuerpo normativo, los mismos que, acorde con lo prescrito en la cuarta disposición final, deben ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

En este contexto, Arana (2014) ha dicho que “con la entrada en vigencia de este cuerpo normativo se hizo necesaria una reforma integral del sistema procesal penal, pues la regulación del Código de Procedimientos Penales de 1940 resultaba insuficiente para concretar las garantías procesales previstas por la Constitución” (p. 16). Y claro está, pues el anterior código tenía como sistema rector al inquisitivo.

Pues bien, en el año 2003 se formó una comisión de alto nivel para elaborar un nuevo compendio de normas procesales penales, dando como resultado el Decreto Legislativo N° 957, conocido como el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, así, en palabras de Arroyo citado por Villegas (2013) “con la dación y entrada en vigencia progresiva de un nuevo cuerpo normativo [...] se pretende cumplir con el programa penal de la Constitución” (p. 18).



Este nuevo código se inspira entonces en el sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales, pues existe una clara división de roles de los sujetos procesales, además de ello, lo estipulado en la Constitución debe de primar por encima de todo el ordenamiento jurídico, esto último conocido como supremacía constitucional. En tal sentido “lo que se pretende es, por un lado, una rápida y eficaz persecución y respuesta penal contra los intervinientes de un delito, y por otro lado, una efectiva protección de sus derechos, pero no sólo de ellos, sino de todos los sujetos procesales”(Villegas, 2013, p. 20).

Ahora bien, es importante resaltar que durante todas las etapas del proceso penal se deben respetar diversos principios, derechos y garantías. No obstante –y a efectos de la presente investigación- es necesario centrarnos en la etapa de impugnación, específicamente en lo que respecta al emplazamiento para la audiencia de apelación de sentencias, pues he aquí que consideramos existe una clara vulneración y restricción de derechos como el de defensa y el de pluralidad de instancias.

Como se ha mencionado con anterioridad, el sistema que ha adoptado el Código Procesal Penal es el acusatorio garantista con rasgos adversariales; recordemos que una de las características principales de este sistema es el cambio de lo escrituralidad por la oralidad, para lograr un proceso más rápido y eficaz, de hecho, la máxima expresión de esta situación se da al momento de las audiencias.

Enfocando nuestra atención en el tema de investigación, el artículo 423 del Código Procesal Penal establece las reglas en cuanto al emplazamiento para la audiencia de apelación, de manera específica el inciso 3 prescribe que “si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente”.

Dicho de otra forma, el acusado que interponga un recurso de apelación dentro del plazo y con todas las formalidades de ley conseguirá que su recurso sea admitido, no obstante –y por la naturaleza de nuestro sistema penal- se le citará para que concurra a la audiencia de apelación y pueda así debatir con el representante del Ministerio Público y oralizar sus fundamentos, en la mayoría de casos a través de su abogado defensor, pero si es que el acusado no concurre injustificadamente a dicha diligencia, el recurso que



interpuso será declarado inadmisible y se dará por consentida la sentencia emitida en primera instancia sin pronunciamiento de fondo y sin la revisión de un órgano superior.

Será tal vez por esta circunstancia que el 16 de julio del año 2013 (es decir, con casi medio año de anticipación a esta investigación) el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC que la interpretación literal del inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal resulta inconstitucional e incompatible con el derecho a la pluralidad de instancias, pues la presencia física del acusado recurrente no resulta necesaria ni indispensable para que se lleve a cabo la audiencia de apelación, bastará con la presencia del abogado defensor, quien será el encargado de oralizar y fundamentar el recurso planteado. Entonces los magistrados del Tribunal Constitucional han interpretado el dispositivo normativo de tal forma que no sea declarado inconstitucional.

Resulta que ahora la única presencia obligatoria será la del abogado defensor, sin embargo cabe preguntarnos ¿qué pasará si es que a la audiencia de apelación no asiste el abogado defensor? O ¿qué pasa si es que asiste y no lo dejan debatir por no estar presente su patrocinado?

Recordemos que el derecho de defensa debe estar presente desde el inicio de la investigación hasta la culminación de todo el proceso, además, es un derecho de observancia obligatoria pues está reconocido tanto en la Constitución Política del Perú como en Tratados Internacionales. Ahora, sin defensa no se podrá materializar el derecho a la pluralidad de instancias, pues son derechos íntimamente relacionados, sobre todo en el problema materia de investigación y claro está, no pueden ni deben estar por debajo de ningún principio propio del sistema como la oralidad.

Los derechos arriba mencionados tienen que ser observados para así garantizar un debido proceso y serán los principales sujetos procesales los encargados que así sea, tanto los representantes del Poder Judicial como del Ministerio Público deben destinar sus actos a la garantía continua de los derechos que le corresponden al imputado, y es que, a decir verdad, en los casos en los que no asisten los abogados defensores a la audiencia de apelación de sentencia, se evidencia una clara negligencia de parte de éstos, afectando únicamente al verdadero interesado en apelar: el imputado.



1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

¿Por qué en las Salas Penales de Apelación de Cusco se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentada en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias?
- ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias?
- ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal tomando en consideración la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional garantizando los derechos de defensa y pluralidad de instancias?
- ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal a efecto de garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias?
- ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias?



1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Determinar por qué en las Salas Penales de Apelación de Cusco se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentada en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor.

1.3.2. Objetivos específicos

- Establecer si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- Verificar si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- Establecer si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal tomando en consideración la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional garantizando los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- Determinar si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal a efecto de garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- Establecer si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.



1.4. Justificación del estudio

El presente trabajo resulta relevante pues con él se pretende determinar si en las Salas Penales de Apelación de Cusco al declarar inadmisibles los recursos de apelación, en mérito a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal y la interpretación que de este hizo el Tribunal Constitucional, se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Se podrá verificar así mismo si los roles asignados a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público así como a los abogados defensores –sean de confianza o de oficio- se están cumpliendo a cabalidad, es decir, si se está respetando o no el sistema procesal penal que nos rige.

Ello permitirá, de ser el caso, identificar los mecanismos pertinentes que posibiliten que el trabajo desarrollado en las Salas Penales de Apelación sea garantista de los derechos arriba mencionados; beneficiando tanto a los imputados recurrentes como al sistema de administración de justicia, esto para que se recobre la confianza en el mismo y deje de ser cuestionado por la vulneración de derechos que se produce en torno a su actuación.

1.5. Limitaciones de la investigación

La información utilizada durante la presente investigación ha sido obtenida con cierta dificultad, pues el acceso a los legajos de actas de audiencias y audios de las mismas está restringido, por ello se tuvo que solicitar autorización a la Presidencia del Poder Judicial de Cusco, requiriendo con tal fin el documento por el que la Universidad Andina acredite la condición de estudiante-investigadora.

1.6. Aspectos éticos

El presente trabajo de investigación se hizo respetando la intimidad de cada una de las personas que forman parte de los procesos materia de investigación; en efecto, se han borrado todos los nombres de dichas personas, más aún si tomamos en cuenta que en algunos casos la parte agraviada es un menor de edad.



2. CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Tesis

Luego de realizar la respectiva exploración las siguientes investigaciones vinculadas al tema materia de investigación:

a. Tesis titulada: LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL. La autora es Leyshan Pamela Quehua Tarco, quien presentó este estudio en la Universidad Andina del Cusco en el año 2014, para optar el título profesional de abogada. En la presente investigación se arribaron a las siguientes conclusiones:

- Se ha evidenciado con este trabajo de investigación que la audiencia de segunda instancia sin la presencia del recurrente, desnaturaliza el nuevo sistema procesal acusatorio, al vulnerar principios procesales como la oralidad, contradicción, inmediación y publicidad.
- Queda demostrado que mediante la interpretación sistemática existen argumentos que posibilitan la solución de la incomparecencia del apelante a la audiencia de segunda instancia. Por tanto, es viable la declaratoria de inadmisibilidad del recurso de apelación de auto, aplicando lo previsto en el artículo 423 inciso 3 respecto al trámite de apelación de sentencias y en uso de



la prevalencia de normas establecidas en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

- Hemos precisado mediante los argumentos teóricos del análisis, que admitir una audiencia de apelación de autos, sin la presencia física del recurrente, es desnaturalizar el sentido teleológico de la audiencia y devaluar los estándares de obtener información adecuada para una decisión jurisdiccional igualitaria, eficaz y justa.
- Queda demostrado que la incomparecencia del recurrente a la audiencia de segunda instancia, fundamenta con suficiencia se declare la inadmisibilidad del recurso de apelación de autos.

Este trabajo de investigación desarrolla de manera amplia procesos llevados en segunda instancia, no obstante abarca el recurso de apelación de autos, de manera que, hemos estimado pertinente colocarlo pues se incluye un análisis que difiere mucho del nuestro al considerar necesaria la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación de autos ante la inasistencia del recurrente. Pese a no coincidir en muchos puntos de vista, debemos de tener en cuenta la naturaleza de las resoluciones, de forma tal que la información que contiene nos ayudará a definir con mayor claridad el derecho de pluralidad de instancias y el recurso de apelación.

b. Tesis titulada: TEORIA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL Y LA PROBLEMÁTICA DE LA APELACIÓN DEL AUTO DE NO HA LUGAR A LA APERTURA DE INSTRUCCIÓN POR EL AGRAVIADO. El autor de la tesis es Julian Genaro Jerí Cisneros, quien presentó la misma en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2002. En la presente investigación se arribaron a diversas conclusiones entre las que podemos resaltar:

- Los medios impugnatorios hacen de la doble instancia la regla general, por cuanto mediante su interposición se permite ante un tribunal superior revisar completamente los hechos y el derecho que se han debatido ante el inferior.



- En nuestro sistema, los recursos constituyen meros controles jerárquicos, los tribunales que conocen de ellos se ven especialmente compelidos a hacer un esfuerzo especialmente importante para conocer y resolverlos. Sin embargo, pocas veces los magistrados integrantes de las Salas llegan a leer por sí mismos los legajos de documentos, sino que para resolver se satisfacen con el resumen del asistente, más un “alegato” de los abogados de las partes, que no siempre se presentan y que es por completo prescindible, ya que la decisión se sigue tomando siempre en base a los antecedentes que proporciona el expediente escrito.
- La razón por la que se puede interponer un recurso, desde el punto de vista subjetivo es porque la parte no se encuentra conforme con el contenido de la decisión; para lo cual debe demostrar objetivamente en qué consiste ese agravio y las razones jurídicas por la que solicita sea reparado; y, desde el punto de vista del ordenamiento, porque se considera socialmente valiosos que algunas decisiones, para recoger mejor las posturas de las partes y del propio ordenamiento, sean revisados por otro tribunal.
- Precisamente para legitimar las decisiones más importantes, se ha elevado a la categoría de derecho fundamental, la posibilidad de que toda persona pueda solicitar que esa resolución sea revisada por otro tribunal. Se ha dado origen así al denominado “derecho al recurso”.
- En atención a los principios procesales y constitucionales de la instancia plural, de igualdad de las partes, de tutela jurisdiccional y el derecho a la defensa el agraviado se encuentra facultado para impugnar el auto que declara NO ha lugar a la apertura de instrucción, negarle el derecho de recurrir a la instancia superior, implica la vulneración de los principios antes mencionados.

Las conclusiones a las que se arribaron en la tesis precedente fortalecerán nuestra investigación pues resaltan la importancia de los medios o recursos impugnatorios y sobre todo el derecho fundamental de pluralidad de instancias. De la misma forma destaca lo significativo de una revisión adecuada del recurso interpuesto.



- c. Tesis titulada: LA RACIONALIDAD FUNCIONAL DE LA GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA. El autor de la tesis es Wilder Tuesta Silva, quien presentó la misma en la Escuela de Postgrado de Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 2010. En la presente investigación se arribaron a diversas conclusiones entre las que podemos resaltar:
- El dilema en torno a la doble instancia es en realidad el dilema entre celeridad procesal y rigor procesal; entre celeridad procesal y proceso con las mínimas garantías de tal forma que posibiliten (no que aseguren, porque ello es imposible) tutela jurisdiccional más efectiva en términos de legitimidad sustantiva de las decisiones.
 - Un proceso orientado a la tutela de los derechos debe estar en condiciones de aceptar cierta dilación procesal natural en aras de la tutela de derecho. Ello concuerda con la racionalidad instrumental del proceso. El proceso no ha sido creado para legitimar sus decisiones mediante la imposición de un mal entendido principio de autoridad que etiquete de justo e infalible la decisión de la primera instancia por el sólo mandato del legislador procesal.
 - Detrás de la revisión judicial, detrás de la doble instancia, existen otros principios y valores que se juegan la vida. Tal es el caso de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales. Es imposible ahora concebir una decisión judicial sustantiva, no las de mero trámite, sin motivación, sin que exista la obligación de sustentar las razones que la legitiman. Si eso es así –y no podría ser de otro modo–, la eficacia de dicha obligación de motivar sería nula, se reduciría a la mera formalidad, si no existiría la posibilidad procesal de cuestionar dicha motivación: para qué motivar si no es posible cuestionar, impugnar.
 - La racionalidad funcional de la doble instancia, entendida como presupuesto de un proceso con todas las garantías, contiene un doble mandato para el legislador procesal: no regular procesos a instancias únicas, por un lado, y por otro, establecer una regulación procesal que evite los formalismos o la exigencia de requisitos que terminen disuadiendo en el uso de los recursos.



- Como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la doble instancia solo es posible incluir hasta segunda instancia. La regulación de varias instancias que superen la segunda instancia, puede resultar afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues al dilatar la solución del proceso afecta la eficacia de la tutela jurisdiccional.

En la tesis en mención se desarrolla de manera amplia la doble instancia, razón por la que consideramos necesario tomarla en cuenta, debemos de resaltar una idea central y es que se ha dicho que un proceso orientado a la tutela de los derechos debe estar en condiciones de aceptar cierta dilación procesal natural en aras de la tutela de derecho, es decir, se debe de respetar el fin de la doble instancia.

d. Tesis titulada: EL PROCESO PENAL PERUANO: UNA INVESTIGACIÓN SOBRE SU CONTITUCIONALIDAD. El autor de la tesis es Víctor Burgos Mariños quien presentó la misma en la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 2002. En la presente investigación se arribaron a diversas conclusiones entre las que podemos resaltar:

- El Estado peruano se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas del proceso penal que tiene carácter supranacional (vinculante), por lo que los jueces deben de observar durante todo el desarrollo del proceso penal.
- El proceso penal debe ser llevado de acuerdo y con respeto a las garantías constitucionales del proceso penal.
- La reforma del sistema de impartición de justicia penal en nuestro país resulta una necesidad insalvable, de la que, lamentablemente parecen no haberse dado cuenta de ello, los actores principales, el legislador y la sociedad civil.

El contenido de esta tesis contribuye considerablemente a nuestra investigación pues se refiere al deber de los jueces de observar y respetar las garantías constitucionales del proceso penal, lo que en esencia también pretende ser transmitido con el desarrollo de la tesis, no obstante debemos de resaltar que el trabajo de investigación precedente ha sido desarrollado con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal,



aun así, desde ya se puede apreciar la importancia de la observancia de las garantías establecidas en la Constitución.

2.1.2. Artículos Especializados

a. El primer artículo especializado es el artículo titulado LA INCONCURRENCIA DEL RECURRENTE A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DE SENTENCIAS. El autor es Fredy Valenzuela Ylizarbe, asistente académico del Estudio Oré Guardia. El autor argumenta lo siguiente:

- La asistencia del imputado recurrente no supone en modo alguno que se cumpla con los principios procesales de contradicción efectiva, inmediación y oralidad, dado que para ello el imputado requiere contar con su abogado defensor.
- Atendiendo a ello, para la realización de la audiencia de apelación y para que el imputado no se encuentre en un estado de indefensión, la asistencia de su abogado defensor a la audiencia debe ser obligatoria, pues este es quien ejerce su derecho de defensa, expresando las razones por las que la decisión debiera ser revocada o, en su caso, ser anulada.
- Ahora bien, la inasistencia del abogado defensor no debe producir que se declare la inadmisibilidad del recurso, asumir tal posición supondría entender que la negligencia del abogado defensor incidiría en un derecho fundamental del recurrente, a saber el derecho al recurso, el cual se encuentra consagrado en el art. 14.5 del PIDCP y 8.2.h de la CADH. En otros términos, el imputado se vería privado de su derecho al recurso por la negligencia de su abogado defensor, lo cual resulta inaceptable.
- Si entendemos que la presencia del imputado en la audiencia de apelación es, como manifestación del derecho de defensa, un derecho del imputado, entonces no resulta razonable sostener que su incomparecencia determina su inadmisibilidad, pues ello significaría sostener que el no ejercicio de un derecho por parte del imputado es valorado en su perjuicio.
- De este modo, la asistencia del imputado a la audiencia debe ser facultativa, por lo que su falta de comparecencia a la audiencia, a pesar de estar debidamente notificado, debe ser entendida como una renuncia al ejercicio de su derecho de



defensa material, en ningún caso de su derecho al recurso, pues este ya fue ejercido por escrito dentro del plazo legalmente establecido, mediante el cual se fijó la pretensión impugnativa.

El contenido de este artículo especializado resulta trascendental para el desarrollo de la tesis, pues ha servido de motivación para dar inicio a la misma. No obstante, parte del análisis de la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC y cuestiona la interpretación contenida en ella por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional, además ofrece una solución a fin de que no se vulneren derechos fundamentales al momento de declarar inadmisibile el recurso de apelación, concluyendo que la asistencia del imputado recurrente debe ser facultativa y la del abogado defensor obligatoria, aun así, ante la inasistencia de este último se debe de aplicar lo dispuesto por el artículo 85.2 del Código Procesal Penal. Todo esto se asimila a la tesis, sin embargo el desarrollo de nuestro trabajo de investigación parte de la situación real en la ciudad de Cusco durante el año 2014.

- b.** El segundo artículo especializado lleva como título LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA POR AUSENCIA DEL IMPUTADO EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN. El autor es Guillermo Sevilla Gálvez, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional, quien presenta su artículo en Actualidad Jurídica, tomo 222 en el año 2012. El autor argumenta lo siguiente:
- [...] debe precisarse que el nuevo modelo procesal penal tiene como piedra fundamental la oralización de las audiencias; es decir, que el juzgamiento es oral, contradictorio y público, en el que se hace uso del principio de inmediación, y donde los jueces escuchan la exposición sobre las pruebas, fundamentos y solicitudes de las partes procesales, para finalmente expedir un fallo. En concreto los principios normativos son los de inmediación, oralidad y publicidad.
 - [...] consideramos que debemos ponderar derechos al interior del proceso, tales como son el debido proceso expresados en la comparecencia al proceso del reo renuente o rebelde para el logro de los fines del proceso o también al debido proceso y a la doble instancia plasmado en que la sanción condenatoria pueda ser revisada, siendo que ésta última finalidad tiene mayor relevancia, toda vez



que la concurrencia al proceso y la efectivización de una sentencia se pueden lograr mediante otros mecanismos procesales idóneos y efectivos como el empleo de la fuerza pública en mérito a las órdenes de captura pertinentes, en cambio con el referido rechazo del medio impugnatorio se cierra definitivamente la posibilidad del reexamen de la decisión impuesta.

- En consecuencia, el inciso 3 del artículo 423 del nuevo Código Procesal Penal resulta vulneratorio a los derechos constitucionales al debido proceso, a la pluralidad de instancias, a la defensa, y en conexidad, a la libertad personal porque niega la posibilidad de viabilizar cualquier recurso de apelación ante la inasistencia de la parte o de quien en su representación lo interpuso, que constituye sobre todo una afectación al derecho a la pluralidad de instancias así como a los demás derechos constitucionales señalados en el punto anterior.
- Como la solución al problema planteado sugerimos que el referido artículo debe ser modificado o inaplicado, permitiendo la viabilización de los recursos de apelación en el caso de la incomparecencia de un acusado a la audiencia de apelación, pero siempre que esté presente su abogado defensor para que pueda ejercer su defensa e incluso informar sobre hechos y precisar sobre los medios probatorios que considere pertinentes a efectos de que pueda ser revisada la decisión impugnada, no sin antes agotar dentro del proceso los mecanismos procesales coercitivos para que el procesado renuente concurra ante las audiencias a las que deben ser notificados, tales como apercibimientos y apremios respectivos, la declaración de contumacia, conducción de grado o fuerza, entre otros.
- Empero, en caso de incomparecencia de ambos a la citada audiencia de apelación, el medio impugnatorio será declarado inadmisibile, debiendo la sala de apelaciones notificarles por única y última vez, bajo apercibimiento de tener por desistida la citada impugnación para que concurran a la reprogramada audiencia de apelaciones, debiéndose precisar que esta se realizará con la sola presencia de uno de los dos sujetos, entendiéndose que respecto al procesado concurrente se le proporcionará un defensor de oficio y respecto a la



conurrencia del abogado defensor se desarrollará la audiencia en los términos antes señalados.

Este último artículo especializado aporta mucha al presente trabajo de investigación, pues de la misma forma analiza las situaciones que pueden surgir por el empleo del criterio incluido en el artículo 423 del Código Procesal Penal y que desde luego causa una afectación al derecho a la pluralidad de instancias y en consecuencia a otros derechos como el de la libertad personal. Sin embargo, debemos de precisar que este artículo ha sido desarrollado con anterioridad a la emisión de la sentencia recaída en el ya mencionado expediente N° 02964-2011-PHC/TC, aun así el autor llegó a la conclusión de que la presencia física del imputado no era necesaria para la realización de la audiencia de apelación, pero si la presencia del abogado defensor, no obstante, ante la incomparecencia de éste se le deberá de proporcionar defensor de oficio, dejando en claro –como nuestra posición- que tanto el derecho de defensa como el de pluralidad de instancias deben ser respetados ante cualquier otro principio.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Los derechos del proceso penal como parte del debido proceso

2.2.1.1. Aspectos Introdutorios

Para comenzar es preciso entender que “la palabra proceso viene de la voz latina “*procedere*”, que significa avanzar en un camino hacia determinado fin. Precisamente el proceso penal es el camino por recorrer entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción” (Calderón, 2011, p. 17).

Ahora bien, a razón de la presente investigación es que debemos desarrollar el proceso penal en específico. Respecto a éste, nos ilustra Infantes siguiendo a San Martín, así dice que tiene como origen un conflicto entre una persona que ha cometido un hecho delictivo y la sociedad, razón por la que necesita someterse a un proceso a fin de ser sentenciada. Este proceso sólo será posible si existe una acusación del Ministerio Público además de la defensa del imputado, es decir una contradicción efectiva que tenga



argumentos válidos y pruebas concretas, y todo esto finalizará en una sentencia penal. (2006, p. 19).

Nos debemos de preguntar entonces ¿cuáles son los fines que busca un proceso penal? Pues bien, para Arana (2014) siguiendo a Florencio Mixán “uno de los fines del proceso es el descubrimiento de una verdad concreta” (p. 16), posición que apoya al afirmar que “el juez debe procurar aproximarse lo más posible a la verdad de los hechos que son objeto del proceso penal, independientemente de la metodología que utilice para ello” (Arana, 2014, p. 12).

Nuestro ordenamiento jurídico deja en claro que en el proceso penal peruano regulado por el Nuevo Código Procesal Penal, lo que se busca alcanzar es la verdad de los hechos. Así se puede citar:

- El artículo 295 inciso 1 pues prescribe que cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, el Fiscal podrá solicitar al Juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije.
- El artículo 385 inciso 2 señala que el Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

Los artículos arriba señalados permiten entrever que todas las acciones de los magistrados, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público cualquiera sea el estado del proceso deben estar dirigidas al esclarecimiento de la verdad.

Por otro lado, San Martín (2014) señala que “el proceso penal busca la integridad del ordenamiento jurídico penal, que en nuestro país, no sólo importa imponer –siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado- la pena o medida de seguridad respectiva, sino también determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos” (p. 36). A decir verdad, la parte agraviada pese a que encuentra tranquilidad una



vez impuesta una sanción penal también requiere del pago de un monto por reparación civil a efectos de poder compensar –de alguna forma- el daño sufrido.

Así, menciona a Rifá y Valls, quienes señalan que “el proceso penal persigue tanto el castigo del responsable penal cuanto la protección del inocente mediante una serie de garantías procesales que eviten su sometimiento a vejaciones odiosas o a una condena injusta; y, en segundo lugar, la justa protección de los perjudicados, erradicando la autotutela” (San Martín, 2014, p. 37).

Respecto a los fines se puede concluir entonces que, un proceso penal además de buscar la verdad busca de la misma forma la imposición de una sanción penal y el resarcimiento del daño causado. No en vano Arana mencionó en un determinado momento que la pretensión punitiva estatal debe ser una realidad no sin antes haber llegado al descubrimiento de la verdad concreta (2014, p. 13) pues ésta última es imprescindible para tomar una decisión correcta y sobretodo justa, y en palabras de este mismo autor “en el proceso penal, no sólo se trata de resolver un conflicto o de poner fin a un proceso, sino en definitiva se trata de hacer justicia” (Arana, 2014, p. 12).

Teniendo conocimiento sobre el proceso y los fines de éste, es preciso ubicarlo dentro de uno de los clásicos sistemas procesales¹, pues será en base a éste que se desarrollará.

Al respecto, Rosas (2009) señala que “los sistemas procesales son producto de la evolución de los pueblos y del grado de madurez política y por consiguiente, las modificaciones que estos sistemas han venido sufriendo a través de la historia se deben a las transformaciones que han venido experimentando también las instituciones políticas del Estado” (p. 112). No obstante de manera específica Salas (2011) dice que “un sistema²

¹ Reyna (2011) indica que “los sistemas procesales en materia penal se suelen clasificar en: sistema inquisitivo, sistema acusatorio y sistema mixto” (p. 22).

² Fue Ludwing Von Bertanffy quien introduce en su obra Teoría General de Sistemas el concepto “sistema” en 1968, como un nuevo paradigma en el pensamiento científico de la época, y tratándose de la justicia penal, los diferentes actores que confluyen e interactúan en la procuración e impartición de justicia penal, así como en la seguridad pública en general, muestran diversas características que los hacen aportar efectividad o ineffectividad al proceso completo, entregando así su participación para la construcción de la calidad del producto final esperado. (Rosas, 2009, p. 13)



procesal es el conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso” (p. 11).

En este sentido con la reforma integral de nuestro sistema procesal penal, se reemplazó el inquisitivo por el acusatorio, como sucedió en casi toda Latinoamérica. Es importante destacar que muchos son los estudiosos del Derecho Procesal Penal los que opinan respecto a las características del modelo procesal que inspira al Código Procesal Penal del año 2004.

De esta forma, de acuerdo a Neyra el Código Procesal Penal se adscribe al sistema acusatorio contradictorio y es que primero era el sistema inquisitivo en el que las actuaciones judiciales se basaban, luego pasamos a uno mixto para después regresar al inquisitivo que cobra vida en el proceso sumario. No obstante, a continuación se optó por pasar a un sistema que por fin respete derechos fundamentales. (2010, p. 111).

Por otro lado, tenemos a Rosas (2009) quien considera que “el modelo que asume [...], el C.P.P de 2004 es el acusatorio con rasgos adversativos” (p. 121). Otro de los grandes autores que ha emitido opinión al respecto es Sánchez, éste ubica el nuevo proceso dentro del sistema acusatorio o predominantemente acusatorio además lo califica como uno moderno pues citando tres características indica que existe a) separación de funciones, es decir, el Ministerio Público se encarga de investigar -además de la persecución de delitos públicos- y el Poder Judicial de juzgar, b) una segunda característica es la presencia del principio de oralidad como el de contradicción en todas las audiencias que necesite el proceso y c) finalmente está el fortalecimiento de garantías procesales tanto a favor del imputado como del agraviado, estos dos tienen que ejercer sus derechos en igualdad de condiciones (2009, p. 27).

Si bien se ha mencionado los anteriores autores, la posición que es compartida es la adoptada por Arana (2014) por ser la más completa, en ese sentido indica que “el NCPP se inspira en un sistema acusatorio garantista con rasgos adversativos” (p. 17), apoya su idea indicando que Florencio Mixán Mass, Arsenio Oré Guardia, Pablo Sánchez Velarde, Talavera Elguera y Rosa Mavila León, así lo señalan también.



Entonces se concluye que nuestro sistema no es sólo acusatorio, sino además tiene características propias de un sistema garantista y adversarial.

Desarrollemos ahora con más detalle lo precisado en el párrafo anterior. En primer lugar es necesario abarcar lo referido al sistema acusatorio, recordemos que éste tiene como característica principal la división de funciones que deben cumplir los sujetos procesales, es decir las dos fases principales de la persecución penal deben estar a cargo de órganos distintos (Salas, 2011, p. 19).

En esa misma línea Maier citado por Rosas (2009) enfatiza que:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requiriente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir (p. 114).

No podemos decir que nuestro sistema no pone en práctica estas características pues claras son las posiciones que asumen tanto Ministerio Público como Poder Judicial, pues uno se encarga de investigar y otro de sentenciar, aunque existen posiciones que afirman que nuestro Código Procesal Penal aún mantiene rezagos de un sistema inquisitivo como por ejemplo la prueba de oficio. Aunque es un tema de debate no es pasible de ser desarrollado en el presente trabajo de investigación.

Siguiendo con las características de nuestro sistema, abarquemos el aspecto de “garantista”, Arana (2014) siguiendo al profesor Cesar San Martin señala que:

El eje de la reforma está conformado, sin duda alguna, por las pautas de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DUDH, CADH, PIDCP). No es posible un enfoque serio del proceso penal si no se toma en consideración, en toda su dimensión, lo dispuesto básicamente en los artículos 2 y 139 de la Constitución, así como en los numerales 13 del PIDCP y 8 de la CADH (p. 13).



Es una posición con la que se coincide en su totalidad y es que no en vano están establecidos en la Constitución Política principios y derechos, los mismos que deben ser de observancia obligatoria y en consecuencia respetados, además nuestro país ha suscrito instrumentos internacionales, he ahí la puesta en práctica del control de convencionalidad.

El maestro Neyra no ha podido ser más atinado al decir que todo el ordenamiento procesal está orientado a la Constitución, afirmando incluso que todas las interpretaciones que se hagan en un proceso penal deben de observar lo prescrito por la Constitución. (2010, p. 115).

No en vano se ha mencionado que:

...luego de haberse infectado el Código de Procedimientos Penales de 1940 de una práctica auténticamente inquisitiva, hemos dado paso a un proceso de refundación del sistema acusatorio, instalando un modelo procesal garantista, que concibe al proceso penal constitucionalizado como la herramienta no sólo instrumentalizadora del Derecho Penal Sustantivo, sino además como el fortín de los principios y garantías limitadoras de toda arbitrariedad (Alva, 2009).

Bien ha hecho en señalar nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el expediente N° 5854-2005-PA/TC que:

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico



de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

Una doctrina que es importante resaltar es la de Lorca (2011), pues de manera resumida expone lo trascendental del aspecto garantista del proceso penal peruano, así indica que:

La interpretación y aplicación de las normas procesales *tiene trascendencia constitucional*, por cuanto la “*exclusividad de la función jurisdiccional*” (art. 139. 1. De la Constitución peruana) obliga a elegir la interpretación de aquella que sea *más conforme* con el principio *pro actione* y con la *efectividad* de las *garantías* que se integran en esa tutela; de suerte que si la interpretación de la *forma* procesal *no se acomoda a la finalidad de la garantía*, hasta el punto que desaparezca la *proporcionalidad* –*principio de proporcionalidad*- entre lo que la *forma* demanda y el *fin* que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación *sustantiva*, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva *resulta vulnerado* (p. 40).

Finalmente, en relación a la tendencia adversarial, Benavente citado por Villega explica que va a existir una división de responsabilidades, es decir, debe existir un tercero imparcial que tome la decisión en base a lo expuesto por las partes, las que son Ministerio Público y la defensa del imputado (2013, cita 15).

Siguiendo esta línea García (2009) manifiesta que “el tercer rasgo esencial del nuevo proceso penal es su carácter adversarial. El carácter adversarial del proceso penal demanda una participación activa de las partes” (p. 29).

Posición que refuerza al señalar que:

El imputado tiene que ofrecer y sustentar una versión de la realidad opuesta a la que el fiscal ha construido con su investigación. No es una parte pasiva que se limita a



objetar la versión de la realidad que propone el ente investigador o acusador. Por su parte el fiscal está obligado a una investigación integral para poder construir su versión de los hechos en caso de llegar a una conclusión incriminatoria (García, 2009, p. 29).

He ahí aspectos muy importantes a resaltar, y es que en el presente trabajo de investigación es vital entender el rol que cumplen tanto juez, fiscal como defensa, pues todas sus actuaciones deben estar dirigidas a cumplir con los fines del proceso, es decir, llegar a la verdad, más aún si es que de por medio se encuentra una apelación, pues alguna de las partes no está de acuerdo con una decisión en primera instancia considerando que aún no se ha arribado a la verdad.

No se pretende terminar el desarrollo del sistema procesal sin antes entender que “el sistema acusatorio garantista, que adopta el CPP de 2004, propugna una jerarquía constitucional, instaurando una serie de garantías constitucionales que deberán regir para todos los sometidos al proceso” (Villegas, 2013, p. 19). No debemos olvidar esto pues al margen de la denominación (garantías constitucionales) en la Constitución se encuentran establecidos ciertos parámetros que son de observancia obligatoria cuando nos encontramos inmersos en un proceso judicial, en el caso específico en uno penal, y es que a veces parece que esta idea se deja de lado y en el afán de castigar a la persona a la que se le imputan conductas antijurídicas se restringen ciertos derechos.

De esta forma, Villegas (2013) de manera acertada indica que “eficacia en la persecución penal y respeto a las garantías de los intervinientes en el proceso no son fines contradictorios o excluyentes, sino necesarios y concurrentes en la configuración de un debido proceso, y por lo tanto se debe buscar un equilibrio entre ambos” (p. 19).

Al respecto, Luigi Ferrajoli citado por Arana (2014) menciona que “solo un derecho penal, reconducido únicamente a la tutela de bienes y derechos fundamentales, puede conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica” (p. 17).

Para Villegas un verdadero garantismo penal se manifestará si entran en juego tanto la eficacia como la garantía, pues por un lado se debe lograr una eficaz persecución y “respuesta penal” contra los imputados y por otro la protección de todos los derechos que



la Constitución e instrumentos internacionales le conceden, pero no sólo a ellos sino además a todos los sujetos procesales (2013, p. 20).

De igual manera San Martín citado por Villegas (2013) dice que:

La pretendida oposición garantías vs. eficacia es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Un código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado –garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes- sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona (cita 23).

Esta cita es muy interesante, pues menciona la obligación de un código de tomar en cuenta eficacia y garantía al mismo tiempo, se resalta pues el artículo que se cuestiona (423. 3 CPP) y las interpretaciones que de éste derivan parecen inclinarse más por conseguir la eficacia olvidando la garantía. De esta forma no estaría funcionando la idea que Peña Cabrera (2011) ha resaltado en el sentido de que “para la configuración del proceso ha de verse la aplicación del Derecho Penal material, la efectiva aplicación del *ius puniendi* estatal a la persona del infractor culpable de la norma. Debe corresponderse a un proceso que tienda a garantizar los derechos fundamentales –que han de reconocerse a todas las partes involucradas en él-” (p. 10).

Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que:

Hoy contamos con un sistema de investigación y de persecución penal notoriamente ineficiente y al mismo tiempo con un sistema de garantías también débil e ineficiente. Es fundamental comprender que *ambas debilidades no dependen una de otra. El sistema de investigación no es ineficiente por culpa de que existen muchas garantías ni el sistema de garantías es débil por culpa de la eficiencia de la persecución penal. Ambas debilidades son autónomas y tienen causas propias.* Sin embargo, como es bastante común que se culpe a la existencia de derechos del imputado por la ineficacia de la investigación o que se culpe a la existencia de una persecución penal por falta de derechos del imputado, al uso de esa argucia la denominamos *falsas antinomias. La superación de las falsas*



antinomias es la tarea principal que debemos encarar porque aquellas ocultan los verdaderos problemas (Binder, 2005, p. 40).

En efecto, pueda que se trate de falsas antinomias, sin embargo, no se puede dejar de lado la evidente restricción de derechos que le corresponden a los imputados, sobre todo si se trata de tomar una decisión de la cual va a depender la libertad de éste.

2.2.1.2. Debido proceso

Para comenzar es importante comprender que la Constitución Política considera dentro de un mismo inciso al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que resulta necesario diferenciarlos.

Pues bien, comenzaremos con la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 4616-2010 menciona lo siguiente:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es uno de los derechos fundamentales y constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantía mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica: utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos...

Para Monroy este derecho lo tienen todos los sujetos de derechos, razón por la que lo hace exigible al Estado a fin de que se efectivice la función jurisdiccional. (2007, p. 454). En esa misma línea, Melgarejo siguiendo a Ticona menciona que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público, subjetivo y abstracto cuyo goce está destinado a todas las personas, razón por la que puede acudir ante el Estado para exigir un juzgamiento de manera imparcial y justa, además de ello obtener un pronunciamiento motivado y en un plazo razonable sobre todas sus pretensiones y medios de defensa



interpuestos, ahora, en el caso de la parte agraviada a que se dé plena eficacia a la sentencia (2014, p. 220).

El mismo autor profundiza su idea concluyendo que “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico, que a su vez comprende tres derechos fundamentales específicos: de acción, de contradicción o defensa en general, y el derecho al debido proceso...” (Melgarejo, 2014, p. 220). No perdamos de vista este concepto pues Melgarejo ya incluye el término “debido proceso” y claramente lo diferencia pues lo ubica dentro del derecho general que es el de tutela jurisdiccional efectiva.

De manera distinta piensa el maestro Landa (2012) pues considera que la tutela jurisdiccional “es entendida como el derecho de toda persona a que se le haga justicia” (p. 58). No obstante indica que éste alcanza sus efectos en tres momentos concretos: el primero con el acceso a la justicia, el segundo cuando se pone de manifiesto el derecho de defensa y además al momento de la obtención de una sentencia en un plazo razonable y finalmente, como tercer momento, con la eficacia de la sentencia. (2012, p. 58).

Sin embargo, Saraza citado por Obando (2002) indica que:

... el citado derecho fundamental despliega sus efectos en varios momentos, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. En el acceso al proceso y a los recursos.
2. A lo largo del proceso, en lo que se ha llamado “derecho al proceso debido” o a un proceso con todas las garantías, y en el momento de dictar una resolución fundada en derecho.
3. En el momento de ejecutar la sentencia (p. 68).

El Tribunal Constitucional expresa en el fundamento 2.3.1. de la sentencia recaída en el expediente N° 1042-2002-AA/TC que “el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones”.



Más aún si consideramos el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Ahora bien, de todo lo expuesto queda claramente establecido que son tres los derechos que contiene la tutela jurisdiccional efectiva: el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a un debido proceso y finalmente el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En ese sentido, en relación al primero, es decir, el derecho de acceso a la justicia u órganos jurisdiccionales, Monroy citado por Oré (2011) ha dicho que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva “se empieza a materializar en el proceso a través del *derecho de acción* y del *derecho de contradicción*” (p. 87).

Obando siguiendo a Montero manifiesta que tanto el derecho de acción como el de contradicción son expresiones del ya tan mencionado derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no obstante indica que es más razonable decir que el derecho de acción es bilateral pues corresponde tanto al demandante como al demandado (2002, p. 75)

Siendo esto así, respecto al derecho de acción, se considera a éste como “aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto –en cuanto es expresión esencial de éste- que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto” (Monroy, 2011, p. 460). De manera clara el derecho de acción le corresponde al demandante (en los procesos civiles) o denunciante (en los procesos penales) pues lo que pretende es que el Estado satisfaga su pretensión.



De otro lado, en cuanto al derecho de contradicción Monroy ha señalado que es una modalidad del derecho de acción, y le corresponde al demandado, para que finalmente en una sentencia se decida su pretensión (1988, p. 161).

En un plano práctico, al momento de contestar la demanda (proceso civil) se está ejerciendo el derecho de contradicción. Si es que queremos abarcar este derecho en el proceso penal no podemos dejar de mencionar al derecho de defensa también, pues será en base a éste que se pondrá de manifiesto el derecho de contradicción, por ejemplo si es que el representante del Ministerio Público formula acusación, el abogado defensor será el encargado de observar la misma.

Sin embargo, de manera acertada se señala que:

...como todo derecho fundamental, el derecho de acceso a la justicia no es absoluto. Sus límites están constituidos por los requisitos procesales o las condiciones legales necesarias para acceder a la justicia, como la competencia del juez, la capacidad procesal del demandante o de su representante, la legitimidad de las partes para obrar, entre otros. Pero está claro que no constituyen límites justificados a este derecho aquellos requisitos procesales que busquen impedir, obstaculizar o disuadir el acceso al órgano judicial. Lo que significa que no todos los requisitos procesales, por el hecho de estar previstos en una ley, son restricciones plenamente justificadas (Landa, 2012, p. 15).

Como se dijo con anticipación, la posición mayoritaria es la que señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico y también complejo, de esta forma comprende el derecho al debido proceso³.

³ No olvidemos que el debido proceso legal está conformado a su vez por dos manifestaciones: Debido Proceso Sustantivo o sustancial y Debido Proceso Adjetivo o procesal. Quiroga nos da luces a efectos de comprender cada una de ellas (2014, p. 309). Para este autor el Debido Proceso Sustantivo tiene una relación estrecha con la razonabilidad, pues “exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez”. Por otro lado, nos referimos al Debido Proceso Adjetivo o procesal cuando hablamos de “un derecho complejo de carácter procesal, pues (...) está conformado por un conjunto de derechos esenciales



En esta línea se manifiesta Landa (2012) cuando concluye que “el derecho al debido proceso resulta, entonces, un derecho implícito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que supone tanto la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, como de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso”⁴ (p. 16).

Oré hace una precisión al respecto para diferenciar los términos “debido proceso” y “tutela jurisdiccional”, de esta manera citando a Monroy indica que el primero es sólo una manifestación del segundo, de esta forma explica que la tutela jurisdiccional efectiva se presenta antes y durante el proceso mientras que el debido proceso sólo durante el proceso (2011, p. 87).

Personalmente no se coincide con este concepto pues el proceso si o si finaliza con una decisión, es decir una sentencia, sea ésta absolutoria o condenatoria, no obstante lo establecido en la sentencia se debe de cumplir si o si, entonces la tutela no puede acabar sólo durante el proceso, sino hasta el cumplimiento de lo decidido, por algo es tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora bien, de manera acertada Gutierrez – Ticse ha denominado a la tutela jurisdiccional efectiva como un “<mega> derecho constitucional de carácter adjetivo (2015, p. 151).

que impiden que los demás derechos de los ciudadanos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho, obviamente incluyendo al Estado, es decir al momento que pretenda hacer uso abusivo de éstos” (Quiroga, 2014, p. 311).

⁴ Es preciso destacar que el mismo autor también hace referencia a la “tutela procesal efectiva”, esto en mérito a que el Código Procesal Constitucional en el artículo 4 establece: “...Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.



Siendo esto así, el principio del debido proceso fue considerado por primera vez en la Carta Magna de Inglaterra en el año 1215, bajo la denominación de *due process of law*⁵. Autor que, de la misma forma nos indica lo siguiente:

Mediante esta garantía (debido proceso) ninguna persona debía ser arrestado ni mantenido en prisión ni despojado de su propiedad sin antes un juicio legal por la Ley de la Nación, como se observa el Estado reconocía a favor de todos una serie de derechos procesales o procedimentales que eran de observancia obligatoria antes de que se emita una sanción. Esto es, lo que se conoce ahora como “debido proceso procesal” (p. 86).

Como se puede observar este autor considera al debido proceso como un principio pero también como una garantía, y a decir verdad, calza en los dos por tanto sirve de guía para todo el sistema jurídico y además será el medio para que se respeten todos los derechos incluidos.

Con la aclaración hecha, sigamos con su origen; como lo menciona Oré, años después la Suprema Corte de los Estados Unidos amplía el contenido del debido proceso pues da protección a derechos sustantivos básicos, de esta forma el Estado no podía poner en juego la vida, la libertad o la propiedad de una persona sin una justificación coherente o en todo caso poniendo en práctica la arbitrariedad. En palabras de Oré esto es lo que conocemos como “debido proceso sustantivo” (2011, p. 86).

Ahora bien, recordemos que el debido proceso está consagrado en la Constitución Política del Perú, así el artículo 139° inciso 3 prescribe:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos

⁵ Por otro lado Rosas (2009) señala que “el Debido Proceso Legal (*“Due Process of Law”*) es de origen angloamericano. Está consagrado en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos las cuales fueron introducidas en 1789 y 1860, respectivamente...” (p. 191).

jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

También se encuentra en los artículos 8⁶, 9⁷, 10⁸, 11.1⁹ y 11.2¹⁰ de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, de la misma forma está ubicado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en los artículo XXV¹¹ y XXVI¹². Así también está consagrado en el artículo 14 inciso 1¹³ del Pacto Internacional de Derechos

⁶ **“Artículo 8:**

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

⁷ **“ Artículo 9:**

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

⁸ **“ Artículo 10:**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁹ **“Artículo 11 inciso 1:**

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

¹⁰ **“Artículo 11 inciso2:**

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

¹¹ **“Artículo XXV:**

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

¹² **“Artículo XXVI:**

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.

¹³ **“Artículo 14 inciso 1:**

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La

Civiles y Políticos, así como en el artículo 8 inciso 1¹⁴ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a su concepto, Alvarado da una definición técnica e indica que el debido proceso “es aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso”, es decir con la presencia de dos sujetos con posiciones antagónicas que discuten frente a un tercero que será la autoridad y por tanto debe ser imparcial, imparcial e independiente (2010, p. 280).

De la misma forma el Tribunal Constitucional del Perú ha referido en el fundamento 2 de la sentencia emitida en el expediente N° 2384-2004-AA/TC que:

El debido proceso (...) está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...)¹⁵.

Ahora bien, como se dijo al inicio del desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva, ésta surte sus efectos en un tercer momento, que es la efectividad de las resoluciones, respecto a ésta, Ticona citado por Melgarejo (2014) indica que:

prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

¹⁴ **“Artículo 8 inciso 1:**

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

¹⁵ Años después, el mismo Tribunal Constitucional en el fundamento 12 de la sentencia emitida en el expediente N° 03891-2011-PA/TC ha indicado lo siguiente: ... el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139. 3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.



La tutela jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal), que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc.). Se hace efectivo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso; esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes. Consideramos que al momento de resolver el conflicto de intereses y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela en efectiva (p. 222).

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en el fundamento 2.3.1. de la sentencia recaída en el expediente N° 1042-2002-AA/TC y ha manifestado que:

El derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra contenido implícitamente en el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Constitución. En efecto, si bien la referida norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

El Tribunal Constitucional no ha podido ser más atinado al conceptualizar la efectividad de las resoluciones pues indica claramente que dentro de esta exigencia se encuentra el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, es decir, es exigible ante el Estado que lo decidido por un juez se cumpla si o si, no obstante debe ser una decisión que tenga la calidad de cosa juzgada o en un ámbito penal que finalice con una sentencia consentida.

Melgarejo manifiesta que si el desarrollo del proceso ha tenido como pilar el respeto de los derechos incluidos en el debido proceso, éste debe de concluir en una sentencia, la misma que debe ser acatada en todos sus extremos, así y sólo así se habrá cumplido la función del sistema de la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia real (2014, p. 239).



Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de la investigación, es necesario conocer los derechos que forman parte del debido proceso, estos son:

- Juez natural.
- *Ne bis in ídem*.
- Derecho de defensa.
- Derecho al recurso.
- Motivación de resoluciones judiciales.
- Imparcialidad del juez.
- Plazo razonable.
- *Reformatio in peius*.
- Derecho a la prueba.
- Igualdad procesal.
- Cosa juzgada.
- Principio acusatorio.

No obstante es necesario realizar un deslinde conceptual y es que siempre ha existido una confusión respecto a los términos “derecho”, “garantía” y “principio”.

Para Oré (s/a):

Es frecuente que en los textos se empleen conceptos como derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, derechos humanos, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales, entre otros conceptos para referirse a lo mismo: Garantías procesales penales constitucionalizadas (p. 11).

Así, en primer lugar resulta preciso establecer qué es un derecho. En ese sentido el maestro Oré Guardia (2011) siguiendo a Maier menciona claramente que:

... encontramos que el término “derecho” refiere la atribución o facultad que asiste a una persona para exigir todo lo que el ordenamiento jurídico reconoce a su favor. Los derechos, en principio, son oponibles *erga omnes*; sin embargo, existe un grupo cuyo ejercicio y exigibilidad se limita a determinados contextos (p. 79).



Recordemos, por ejemplo, que existen los denominados derechos procesales, los mismos que se aplican dentro del proceso. Es decir, “estos derechos son atribuciones propias de las personas que participan en un proceso (actor civil, tercero civilmente responsable, denunciado, etcétera.) y sólo pueden ser oponibles o exigibles a los órganos públicos encargados de dirigir el proceso” (Oré, 2011, p. 79).

De otro lado si nos referimos al término “garantía”, según Oré (2011) “puede entenderse de dos formas (cita omitida): a) como el deber o exigencia de respeto de un derecho positivizado (garantía primaria), y b) como el mecanismo de tutela previsto por el ordenamiento jurídico para exigir el cumplimiento de un derecho afectado (garantía secundaria)” (p. 79).

Sin embargo, también existen las denominadas “garantías constitucionales del proceso penal”, en efecto, según Caro citado por Oré (s/a) éstas se refieren al:

...cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *lato sensu*, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado (p. 4).

Resulta evidente la existencia de algunos conceptos que puedan llegar a confundir pues muchas veces los significados tienen cierta similitud, sin embargo San Martín citado por Oré (s/a: cita 2) de manera clara refiere que:

Garantías constitucionales y derechos fundamentales procesales son términos equivalentes en cuanto a sus efectos, pues éstos últimos deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función del cual se construye todo el sistema jurídico, por lo que pueden denominarse: derechos-garantía. Entender los derechos fundamentales como garantías los hace verificables y permiten exigir su observancia.

Finalmente los principios procesales de acuerdo a Burgos (2008) son “aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o



no con un <<derecho fundamental procesal>>. Por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces, o el de igualdad procesal” (p. 28).

Otra doctrina señala que “los principios consignados en el ordenamiento penal como normas rectoras deben ser fundamentos o criterios finalistas de orientación, interpretación y aplicación al caso concreto por parte del juzgador, de los operadores del sistema y de la sociedad en general” (Salas, 2013, p. 17). Teniendo para esto como grandes referentes a la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad¹⁶, los tratados de derechos humanos y el Derecho Penal Internacional.

Tengamos claro entonces que “una institución procesal puede ser concebida tanto como principio, garantía o como derecho” (Oré, 2011, p. 82).

Por ejemplo:

... la imparcialidad del juez constituye un principio para el órgano judicial, puesto que tendrá que ser tomada en cuenta por los jueces durante el desarrollo del proceso, determinando así su actuación. Por otro lado, frente a los sujetos procesales, la imparcialidad del juez constituye un derecho, entendido como la facultad que tiene toda persona (inmersa en un proceso) de ser juzgada por un Tribunal imparcial. Asimismo, la imparcialidad del juez constituye una garantía (primaria), puesto que, al encontrarse recogida a título de derecho en un determinado texto normativo, se impone el deber o exigencia a los órganos públicos de dirigir sus actuaciones en forma imparcial. (Oré, 2011, p. 82)

2.2.1.2.1. Pluralidad de instancias como parte del debido proceso

La Constitución Política del Estado reconoce a la pluralidad de instancia como un principio y un derecho plasmado en el artículo 139° inciso 6, de la misma forma lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14° inciso 5¹⁷ así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8° inciso 2, literal h¹⁸.

¹⁶ El bloque de constitucionalidad está conformado por “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución” (Meza, 2013).

¹⁷ “Artículo 14 inciso 5:



Así también, el Código Procesal Penal prescribe en el inciso 4 del artículo I del Título Preliminar que “las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previstos por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación”. Y de la misma forma, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley.

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, el Tribunal Constitucional ha manifestado en el fundamento 9 de la sentencia recaída en el expediente N° 4235-2010-PHC/TC que:

Se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” [...]. En esa medida, **el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa**, reconocido en el artículo 139° inciso 14, de la Constitución. [El resaltado es nuestro].

Debemos de tomar en cuenta -respecto a la pluralidad de instancias- que para Mixán Mass citado por Reyna (2011) “su no admisión supondría una forma de absolutismo en materia de decisiones judiciales (cita omitida) pues los ciudadanos carecerían de posibilidad de contradecir u objetar las resoluciones judiciales” (p. 270).

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

¹⁸ **“Artículo 8 inciso 2 literal h:**

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.



En este orden de ideas, Landa ha dicho acertadamente que el derecho a la pluralidad de instancias debe cumplir una finalidad, ésta es garantizar que lo decidido por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por una instancia superior a través de medios impugnatorios, pero dentro del plazo establecido por ley. No obstante, no todas las pretensiones pueden ser amparadas ni todas pueden ser objeto de pronunciamiento, para esto el legislador debe de especificar cuáles son las resoluciones que son pasibles de revisión, además, claro está de la resolución que pone fin a la instancia (2012, p. 75).

Siguiendo esta línea Salas (2011) afirma que “todo proceso debe ser conocido por dos jueces de distinta jerarquía¹⁹, cuando así lo requieran los interesados por medio de un recurso de impugnación” (p. 34). En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el fundamento 11 de la sentencia emitida en el expediente N° 04235-2010-PHC/TC señala que:

El derecho *sub exámine*, también denominado derecho a los medios impugnatorios²⁰, es uno de configuración legal: “... el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior.

Bien ha hecho Arbulú en afirmar que es muy importante el control jurisdiccional de un órgano superior, pues constituye parte del debido proceso, en el sentido de que se debe garantizar que toda decisión tenga la posibilidad de revisión para que se anule, revoque o en todo caso, se confirme (2013, p. 59). Además “permite evidenciar y denunciar errores

¹⁹ Salas (2011) indica que “una de las acepciones básicas de instancia en lo procesal se relaciona con la jerarquía de los tribunales o conjunto de actuaciones practicadas desde la iniciación litigiosa hasta la sentencia definitiva” (p. 34).

²⁰ El derecho a los medios impugnatorios conocido también como derecho al recurso “es aquel derecho que permite el uso de los medios de impugnación preestablecidos en la ley; en otros términos, es la concretización normativa del principio que de por sí es abstracto y genérico” (Oré, 2011, p. 155).



que luego de ser sometidos a un reexamen serán corregidos; lo cual no sería factible mediante el sistema de única instancia²¹” (Oré, 2011, p. 154).

Además de ellos, Pérez manifiesta que la parte agraviada también goza de este derecho, pues al emitir el órgano jurisdiccional sentencias absolutorias o sobreseimientos se está poniendo fin a un proceso, se está archivando (2014, p. 214). Así lo dispone el artículo 95.1. d del Código Procesal Penal. En ese sentido:

- Si es posible la apelación del auto de sobreseimiento por parte del agraviado en todos sus extremos, cuando el Juez ha concordado con el criterio del Fiscal luego del control correspondiente...
- El agraviado puede impugnar la sentencia absolutoria sin restricciones. En primer lugar debido a que la norma así lo faculta –artículo 95 inciso 1 apartado d del Código Procesal Penal- no establece requisito previo o presupuesto necesario de procedibilidad. El interés del agraviado no se circunscribe a la reparación civil, tiene también un razonable interés en el resultado del proceso a fin de verificar si la protección que el Estado le ofrece como ciudadano, cuando sus derechos son afectados, se materializa efectivamente mediante el dictado de una sentencia condenatoria (Vásquez, 2014).

Recordemos que la parte agraviada también puede constituirse en actor civil a fin de demandar una reparación civil por los daños que le causó la conducta ilícita. Según el artículo 98 del Código Procesal Penal “la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil

²¹ No debemos olvidar que “en torno a la discusión sobre qué sistema de recursos ofrece mayor garantía, en la doctrina existen posturas encontradas. Por un lado, están los que defienden la instancia plural y advierten que este sistema ofrece mayor garantía a las partes ya que la revisión permite reducir al mínimo la posibilidad de error de la decisión de los jueces (cita omitida). Por otro lado, están los que proponen como sistema la instancia única, quienes refieren que un único proceso (instancia) en el que se respeten los derechos y garantías de las partes es suficiente para asegurar una sentencia acorde a Derecho” (Oré, 2011, p.154). Siguiendo con la idea Quiroga citado por Guevara (2007) ha manifestado que “cabe comprenderé que la instancia única, el juzgamiento singular, no garantiza plena y efectivamente la tutela judicial efectiva al no permitir que la justicia o injusticia de una decisión judicial sea convalidada o corregida, según sea el caso. Esto no significa en modo alguno que la instancia plural evita todos los errores judiciales y posibilita siempre el acceso a la justicia, sino que la instancia plural permite una mayor aproximación a ello siendo, por tanto, sólo un cálculo de probabilidad” (p. 161).



esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito”. En este caso, el actor civil está facultado para –entre otros derechos– impugnar sólo respecto a las medidas patrimoniales que afecte su derecho en orden a la reparación civil, no obstante conserva los derechos que posee por el hecho de ser también agraviado.

Ahora bien, respecto al derecho en mención, Angulo hace una precisión que resulta relevante pues puede generar confusiones, en ese sentido señala que el derecho a la pluralidad de instancias no es exacto, y es que sólo correspondería denominarlo derecho a la doble instancia al ser éste más específico (2013, p. 298).

Posición que refuerza al señalar que se podría entender por pluralidad de instancias el hecho de que la revisión que se pretende en una instancia superior no sea necesariamente en una vía jurisdiccional, lo que podría generar algunas confusiones. (2013, p. 298). Sin embargo propone “la utilización de ambas denominaciones atendiendo a que el Tribunal Constitucional Peruano así la concibe” (Angulo, 2013, p. 298).

Pues bien, no debemos perder de vista que el propio Tribunal Constitucional ha advertido que el derecho a la pluralidad de instancias es uno de configuración legal, lo que implica que “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir” (Stc. 2596-2010-PA/TC, F.J. 5).

A fin de delimitar el contenido esencial del derecho en mención, los magistrados integrantes del Tribunal han acudido a los tratados internacionales ratificados por el Perú como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que:

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



directamente a la persona una medida seria de coerción personal (vg. Una medida de detención judicial preventiva) (Stc. 4235-2010-PHC/TC, F.J. 17).

Hasta el momento se ha desarrollado el concepto del derecho a la pluralidad de instancias, no obstante existe un derecho que en palabras del Tribunal Constitucional es una manifestación implícita del primero, estamos hablando del derecho de acceso a los recursos o también denominado derecho a recurrir las resoluciones judiciales. Criterio plasmado en una de sus resoluciones más destacadas como es la emitida en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC.

Ahora, es necesario resaltar que el derecho a la pluralidad de instancias está íntimamente relacionado con el derecho de acceso a los recursos, no obstante es preciso advertir, como lo manifiesta Benavente, que no podemos confundirlos (2013, p. 269).

En ese entender, Benavente dice que el derecho de acceder a un recurso efectivo es la facultad que tiene todo sujeto procesal (excepto el operador de justicia) de solicitar la revisión de una decisión judicial que considera le causa agravio, claro está, bajo ciertas condiciones tales como la legalidad de lo solicitado, la legitimidad, que sea interpuesto dentro del plazo y con una adecuada forma (2013, p. 270)

Al respecto, refiere el maestro Landa que toda persona en plena igualdad tiene derecho a recurrir o apelar un fallo utilizando los mecanismo adecuados ante una instancia superior, y además tiene derecho a que el recurso que interpuso sea elevado con el propósito de que el órgano superior conozca los fundamentos que cuestionan la decisión que está siendo impugnada (2012, p. 33).

El contenido de este derecho ha sido desarrollado por Neyra (2010), el que siguiendo a Gimeno ha manifestado que:

...puede resumirse en someter a un Tribunal superior, el fallo condenatorio y la pena, “conforme a lo prescrito por ley”, de manera que se entiende cumplido cuando al recurrente se le permite el acceso a la instancia legalmente preestablecida o al ejercicio de los recursos establecidos por Ley [...] y se entenderá infringido tal derecho, cuando la Ley no prevea recurso alguno contra el fallo condenatorio



dictado en primera instancia, o cuando no se admita el recurso “de plano” por una defectuosa notificación a la parte [...] o mediante la invocación de la ausencia de requisitos fácilmente saneables, porque el referido derecho conlleva el de la obtención de una sentencia de fondo en la segunda instancia [...], así como el de comparecer en ella, garantizándole al recurrente la asistencia de abogado [...] (p. 128).

Recordemos que, como acertadamente lo señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 de la sentencia recaída en el expediente N° 05019-2009-PHC/TC “este derecho no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, sin embargo constituye una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia”.

De modo que -y como lo señala Quiroga León- si el órgano jurisdiccional no examina y resuelve -como le corresponde- lo que se le está solicitando mediante la apelación y muy al contrario se niega a hacerlo, es decir, no le da mérito, lo que en el fondo hace es restringir el acceso que, como ya mencionamos, tiene todo justiciable, y a decir verdad, no estaría cumpliendo el rol que se le asignó (2014).

Siendo esta la situación, es preciso tomar en cuenta que nuestro Estado forma parte de ciertos tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de esta forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid vs. Chile* ha señalado de manera contundente que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos



concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Esto es lo que se conoce como Control de Convencionalidad, control al que están obligados los jueces penales de nuestro país. Se ha abarcado este tema pues a nivel internacional se han emitido diversas sentencias que desarrollan el derecho a la pluralidad de instancias.

Así, son dos los casos que vale la pena mencionar, el primero de ellos es el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en esta sentencia se resalta en el fundamento 158 que:

El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

Y lo que es más importante aún, la Corte recordando el caso Baena Ricardo y otros, precisa en el fundamento 161 que:

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos²². (El resaltado es nuestro)

²² En esa misma línea, en la sentencia emitida en el caso *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú* del 04 de marzo de 2011 en el párrafo 75 se ha indicado que: “[...] la Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios [...]”.



Ahora bien, años más tarde, el 23 de noviembre de 2012 se emite la sentencia en el caso Mohamed vs. Argentina, en esta sentencia no debemos perder de vista que la Corte fija puntos muy importantes tales como el plasmado en el fundamento 92 ya que “la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado”. Es decir, todos los procesos que finalicen con una sentencia condenatoria tienen que ser pasibles de una revisión de parte de un órgano superior.

Además:

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. (Fundamento 100)

En esta misma línea el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 32 resalta en su fundamento 47 que lo estipulado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto a la pluralidad de instancias se vulnera “si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva...”. De este modo:

El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa...

Es el mismo Comité además, el que resalta la importancia del respeto de todas las garantías del debido proceso en todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores. Guevara Paricana (2007) citando a este organismo señala que “todo Estado tiene la obligación de reexaminar en profundidad el fallo condenatorio y la pena impuesta, por lo que desestimar una apelación sin motivación y sin fallo escrito constituye una violación a este derecho” (p. 162), en referencia al derecho a la pluralidad de instancias.

Finalmente, no podemos dejar de tomar en cuenta que “el derecho a la revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación” (Fundamento 49).

2.2.1.2.2. Derecho de defensa como parte del debido proceso

El derecho de defensa está regulado expresamente en el artículo 11° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en el artículo 14° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)²³, y en el artículo 8°. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)²⁴.

²³ “Artículo 14 inciso 3:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.



En cuanto a la legislación nacional, podemos señalar que el derecho de defensa se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado²⁵. Además en el inciso 1 del artículo IX Código Procesal Penal de 2004:

Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

El ordenamiento jurídico concibe al derecho de defensa como parte del debido proceso, siendo uno de los principales derechos. No obstante, como ya se indicó con anterioridad, una institución procesal puede ser a la vez derecho, garantía y principio. De manera específica, señala Salas (2011) que “el derecho de defensa es, a su vez, principio y garantía. Constituye un principio porque sirve de fundamento para el desarrollo del

²⁴ **“Artículo 8 inciso 2:**

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

²⁵ **“Artículo 139 inciso 14:** El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.



proceso y para la interpretación de la norma adjetiva. Es una garantía porque el ordenamiento jurídico dota de mecanismos legales para hacerlo valer durante el proceso” (p. 117).

Al respecto Burgos ha dicho acertadamente que nuestro Código recoge una perspectiva muy amplia del derecho de defensa pues lo poseen tanto la parte imputada como la agraviada (2008, p. 20), recordemos que “el ejercicio del derecho a la defensa tiene diversas manifestaciones a lo largo de todo el proceso penal” (García, 2009, p. 27).

Villegas (2013) citando a Maier señala que “el derecho de defensa no sólo se limita a la protección del imputado, sino también a otras personas que pueden intervenir en el proceso como el actor civil o el tercero” (p. 116). Y refuerza dicha posición al manifestar que es un derecho fundamental que pertenece a todas las partes procesales y que debe ser respetado por el juzgador (tribunal) y que mínimamente exige que las partes sean oídas, que tengan la facultad de alegar y demostrar con el fin de conformar la resolución judicial y finalmente que puedan cuestionar fundamentos de hecho y de derecho, pues éstos pueden influir en la resolución judicial que contendrá la decisión. (2013, p. 117).

De manera general San Martín indica que implica defender un derecho o interés legítimo frente a una decisión estatal y se manifiesta en dos escenarios: al pretender algo o al oponernos a esa pretensión (2003, p. 119). Es importante tomar en cuenta que “el Ministerio Público no goza de este derecho”²⁶.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el quinto fundamento de la sentencia recaída en el expediente N° 05085-2006-PA/TC, ha dicho que:

[...] el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier

²⁶ San Martín (2003) siguiendo al profesor Maier manifiesta que “el Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria” (p. 119). Por su parte Arana (2014) considera que “en el caso del Ministerio Público no se puede alegar una afectación del derecho de defensa, sino más bien al debido proceso o la tutela procesal efectiva” (p. 37).



indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

No obstante, por la naturaleza de la investigación, es necesario centrarnos en el derecho de defensa del que goza exclusivamente el imputado. Para Salas (2011) el derecho de defensa es:

...aquel Derecho Público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano (p. 117).

No perdamos de vista que sólo a través del ejercicio de la defensa técnica o defensa formal pueden hacerse efectivos otros derechos que lo conforman. Escobedo (2015) indica que mediante el derecho de defensa:

...se reduce la desigualdad frente al Ministerio Público, pues proveer asistencia técnico-legal a una persona que se encuentra sometida a la persecución penal no sólo está orientado a acreditar la inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad penal, sino que a su vez constituye un requisito para la validez del proceso penal y un factor de legitimidad de la eventual sanción penal.

Frisancho ha considerado que el derecho de defensa implica entre otros derechos conocer los fundamentos de la imputación que se le atribuye, manifestar sus opiniones y recabar del juzgador los elementos que él considere sus propias razones (2012, p. 15).

Estos otros derechos son ampliamente desarrollados en diversa doctrina, algunos autores incluyen más derechos que otros, sin embargo, coinciden en varios y éstos serán los que desarrollaremos.

2.2.1.1.2.1. El derecho a ser informado de la imputación

Este derecho posibilita al imputado conocer y comprender que se le está imputando “el cual debe comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo; los elementos de convicción y de prueba existentes” (Cubas, 2015, p. 70).

De hecho, el artículo 71. 2.a del Código Procesal Penal establece que:

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

De la misma forma lo señala el artículo 87° del mismo cuerpo normativo.

2.2.1.1.2.2. Asistencia de un traductor o intérprete

En principio debemos partir por entender que esta manifestación del derecho de defensa es gratuita, es decir, el imputado que hable un idioma distinto será proveído de un intérprete o traductor gratuitamente.

Maljar citado por Neyra (2015) refiere que:

Las personas que ignoren, no comprendan o no hablen el idioma del tribunal, tienen el derecho de ser asistidos gratuitamente por un traductor o interprete para estar en condiciones de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, de modo que el desconocimiento del idioma no debe constituir un impedimento u obstáculo insalvable (p. 266).

El inciso 3 del artículo 114 del Código Procesal Penal indica claramente que: “Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender”.

2.2.1.1.2.3. Derecho a no ser condenado en ausencia

Este derecho es exclusivo del imputado pues será éste a quien se le condene. Esta manifestación del derecho de defensa implica que ningún acusado pueda ser sentenciado si no estuvo presente en el desarrollo del juicio o parte de éste (por lo menos hasta que brinde su declaración) siendo representado por su abogado defensor.

La Constitución Política regula este derecho en el inciso 12 del artículo 139.

2.2.1.1.2.4. Derecho a la no autoincriminación

Para Neyra (2015) “ningún habitante está obligado por la ley, ni puede ser obligado por ninguna autoridad o particular a suministrar involuntariamente información que lo incrimine penalmente” (p. 265). Esto implica cualquier acto que atente contra la integridad física y psicológica del imputado, si éste va a declarar que sea de manera voluntaria.

Abundante doctrina resalta la importancia de la decisión del imputado de declarar o no, pues refieren que éste no tiene el deber de declarar la verdad o finalmente de no declarar, lo que no lo convierte en culpable, simplemente puede ser parte de su estrategia de defensa.

El Código Procesal Penal incluye esta manifestación del derecho de defensa en el inciso 2 del artículo IX del Título Preliminar: “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

De la misma forma lo prescriben el artículo 71.1.d y 87.2.

2.2.1.1.2.5. Producción de pruebas

Si bien el encargado de dotar al proceso de pruebas es el representante del Ministerio Público, la defensa del imputado también puede hacerlo como parte de su estrategia. Un ejemplo claro es el ofrecimiento de peritos de parte, y es que si la defensa hace una afirmación debe de probarla.

Cubas (2015) deja en claro que esta manifestación consiste en “interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (p. 72).



El Código Procesal Penal considera en el inciso 3 del artículo 87° que: “El imputado también será informado de que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba...”.

2.2.1.1.2.6. Derecho de defensa propiamente dicha

Es importante resaltar lo dicho por Landa y es que claramente precisa que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, en el que será el propio inculpado el que ejercerá su defensa; y otra formal, que consiste en el asesoramiento y patrocinio de un abogado que será de libre elección. No obstante si es que no se tienen los medios económicos el Estado tiene la obligación de proporcionar un defensor de oficio (2012, p. 64).

En ese sentido se puede entender que existe la posibilidad de que un conocedor de cuestiones jurídicas, es decir, un abogado, pueda ejercer su defensa por sí mismo, sin embargo esto no pasa con una persona sin dicho conocimiento, así será necesaria la presencia de un abogado defensor.

Pero ¿qué pasa cuando al imputado se le priva del derecho de defensa? Esta situación para el Tribunal Constitucional -y como lo manifiesta en el fundamento 10 de la sentencia recaída en el expediente N° 01425-2008-HC/TC- implicaría:

“[...] someterlo a un estado de indefensión por ausencia de una asistencia letrada, versada en el conocimiento del Derecho y de la técnica de los procedimientos legales, situación que, además, quebranta el principio de igualdad de armas o igualdad procesal de las partes”.

Una opinión que es precisa es la expresada por Cubas en el sentido de que considera al derecho de defensa como la esfera intangible que posee todo ciudadano en caso sea imputado con algún cargo, y resalta sobretodo la obligación de los poderes públicos de respetarlo (2015, p. 69). De hecho para este autor:

Los órganos encargados de administrar justicia deben facilitar los medios que permitan ejercer dicho derecho, cuyo ejercicio no se limita a contar con una defensa técnica, a la designación de abogado defensor; implica también contar con los



medios razonables que permitan un mejor estudio del expediente, una mejor preparación y ordenación de la información contenida en él, el análisis sobre la oportunidad y conveniencia de ofrecer y pedir que se actúen pruebas de descargo (Cubas, 2015, p. 69).

Este derecho busca que todas las personas se defiendan cuando están inmersas en un proceso, cobra aún más importancia cuando se habla del imputado, así “el derecho de la defensa es consustancial a la persona humana y nadie puede ser privado sin ella de la libertad, requiriéndose forzosamente en audiencia la concurrencia del defensor”. No obstante, se observa en la práctica que a las diversas audiencias inasisten los defensores de confianza por diversos motivos.

Al respecto el Código Procesal Penal da una salvedad ante la inasistencia del abogado defensor de confianza, de esta forma señala el artículo 85 que:

- 1) Si el Abogado Defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y ésta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado o por uno de oficio²⁷, llevándose adelante la diligencia.
- 2) Si el defensor no asiste injustificadamente a dos diligencias, el procesado será requerido para que en el término de veinticuatro horas designe al reemplazante. De no hacerlo se nombrará uno de oficio.

Conforme es de verse, aquí cobra importancia el defensor público o también denominado de oficio, el artículo 2 de la Ley de la Defensa Pública – Ley N° 29360 indica que la finalidad de la defensa pública es “asegurar el derecho de defensa, proporcionando

²⁷ Según de la Ley del Servicio de Defensa Pública – Ley N° 29360, los beneficiarios del servicio son:

“Artículo 14.- Beneficiarios

El Servicio de Defensa Pública se presta a favor de las personas de escasos recursos económicos que requieran defensa o asistencia jurídica....

También se presta en los supuestos de defensa necesaria regulados por las normas procesales cuando el procesado no cuente con abogado o haya renunciado a la defensa y lo requiera el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público”.



asistencia y asesoría técnico-legal a las personas que se encuentren sometidas a persecución penal, que por sus escasos recursos económicos no pueden contratar los servicios de la defensa privada”.

El Código Procesal Penal contempla dos supuestos de participación de la defensa pública, el artículo 80 señala que:

El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

Queda claro que ningún procesado puede quedar en estado de indefensión, sobre todo si se trata de una persona que no puede costear una defensa privada, el Estado se encuentra en la obligación de brindarle un abogado, así lo dispone tanto normativa nacional como internacional. Ahora bien, si lo que corresponde es garantizar el debido proceso y el abogado defensor privado no asiste a una diligencia, también será necesaria la concurrencia de un abogado de oficio²⁸.

De hecho, es el artículo 5° de la Directiva N° 001-2015-CDICPP SOBRE GARANTÍAS DEL DERECHO DE DEFENSA, IGUALDAD Y CELERIDAD PROCESAL²⁹ el que establece que:

²⁸ Escobedo (2015) concluye que la defensa pública intervendrá en el proceso en los siguientes supuestos:

- a) En instancias preliminares, cuando una persona ha sido detenida en flagrancia delictiva y luego de informársele de sus derechos, manifiesta no contar con recursos económicos y solicita la participación de la defensa pública. En estos casos el Ministerio Público o la Policía solicitarán a la Dirección Distrital de la Defensa Pública la designación de un defensor público;
- b) En las investigaciones preliminares promovidas contra imputados que no tengan la condición de detenido, el Ministerio Público deberá requerir al investigado a fin de que designe un abogado de su libre elección, debiéndole otorgar un plazo razonable para que efectúe tal designación, con el expreso apercibimiento de que de no hacerlo se le designará un defensor público;
- c) En las diligencias de carácter inaplazable, cuando el defensor privado no concurra;
- d) En las diligencias que no tienen el carácter de inaplazable, cuando el procesado no ha designado un abogado de su libre elección dentro del plazo concedido.

²⁹ Emitido por la Comisión Distrital de Implementación del Código Procesal Penal, en fecha 30 de julio de 2015.



Artículo 5°.- En los casos en que la defensa no concurra de manera injustificada a la diligencia para la cual es citado o que esta sea inaplazable, deberá ser reemplazado por otro que designe el procesado, sin perjuicio de ser excluido a fin de que la defensa sea asumida por uno de oficio. Para estos efectos debe procederse de la siguiente manera:

5.1.- En la primera citación para audiencia; deberá convocarse a la defensa del imputado bajo el apremio expreso de que en caso de incomparecencia injustificada, será sancionado y excluido del proceso sin lugar a su ratificación.

5.2.- En el auto de citación a audiencia también debe considerarse el apremio fundamentado de declararse inaplazable la siguiente sesión, en el cumplimiento de plazo razonable y designarse defensor público.

El Código Procesal Penal no es claro al establecer criterios y así diferenciar entre audiencias de carácter inaplazable y carácter aplazable, no obstante es evidente que existen. Para Escobedo (2015) el carácter de inaplazable de una diligencia “debe estar en función de la necesidad y urgencia en que debe realizarse, es decir, que por su naturaleza y características resulte imposible su postergación”. Para este mismo autor no es aceptable que se admitan como razones para calificar como inaplazable una diligencia el principio de legalidad y el derecho a ser juzgados sin dilaciones indebidas pues estos principios son propios de las diligencias en general, además no puede aplicarse el plazo razonable vulnerando ciertos derechos, como el que venimos desarrollando: derecho de defensa.

Finalmente, siendo un derecho plasmado dentro del Título Preliminar del Código Procesal Penal prevalece sobre cualquier otra disposición del citado cuerpo normativo, conforme lo establece el artículo X³⁰ del mismo, de esta forma se dice que:

³⁰ **“Artículo X: Prevalencia de las normas de este Título**

Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Debe ser usada como precepto lógico- jurídico y ser antepuesta ante cualquier otra disposición legal [...]; lo que significa que si existieran variaciones contrarias a estos principios no deben ser consideradas, pues estas normas prevalecen sobre aquellas” (Peña Cabrera, 2013: 625).

2.2.2. El recurso de apelación en el marco del proceso penal peruano

2.2.2.1. El proceso penal común

El Código Procesal Penal desarrolla el Proceso Común en tres etapas: 1) Etapa de Investigación, 2) Etapa Intermedia y 3) Etapa de Juzgamiento, cada uno con particularidades que serán desarrolladas brevemente. No obstante, en gran parte de los casos penales, el proceso no acaba ahí, así surge una etapa posterior: la impugnación.

El Código Procesal diferencia al proceso común de los procesos especiales pues tienen una estructura distinta.

Antes de entrar al desarrollo de las etapas del proceso común es necesario entender el rol que cumplen los principales sujetos procesales, pues cada uno tiene una función trascendental que cumplir dentro del proceso para que éste alcance su objetivo: llegar a la verdad.

En primer lugar, encontramos al Juez, es decir, al representante del Poder Judicial, es el encargado de impartir justicia, tiene a su cargo la dirección de la etapa intermedia y sobretodo el juzgamiento, en consecuencia debe ser el tercero imparcial.

El Juez goza de independencia judicial, Neyra (2015) siguiendo al Tribunal Constitucional indica que ésta es la “capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley” (p. 320). Los jueces están sujetos únicamente a la Constitución y a la Ley, y en consecuencia deben ser los primeros en respetar lo establecido en dichos cuerpos normativos. La Ley Orgánica del Poder Judicial, se encarga de determinar la estructura y de definir los derechos y deberes de los magistrados entre otros.



El Código Procesal Penal es claro al establecer que en las distintas etapas del proceso penal debe intervenir el Juez, no obstante recordemos que en cada una de las etapas, la función que cumple el Juez es distinta.

Así tenemos al Juez de Investigación Preparatoria, quien tiene a su cargo la etapa de investigación y la intermedia, es el llamado Juez de Garantías pues cumple funciones más tutelares, en ese sentido, vela por el cumplimiento de los derechos del imputado tanto en las diligencias preliminares como en la investigación preparatoria, controla plazos, incorpora sujetos procesales, controla plazos y de la misma forma, también puede pronunciarse respecto a los procedimientos simplificados como la terminación anticipada, finalmente puede dictar decisiones respecto al sobreseimiento y enjuiciamiento del imputado a fin de que el proceso sea elevado a juicio oral. En ese sentido se pronuncia el artículo 323 del Código Procesal Penal.

Respecto al Juez de Juzgamiento, en primer lugar no olvidemos que éste debe ser distinto al Juez de Investigación Preparatoria, es decir, no debe de intervenir en las etapas anteriores, pues sólo así podrá cumplir adecuadamente la imparcialidad. A su cargo está la conducción del debate que se dará en el juicio oral y además es el deberá de resolver el asunto llegado a su despacho, en otras palabras, es el encargado de fallar. El Código Procesal Penal distingue entre los Juzgados Penales Colegiados y los Juzgados Penales Unipersonales, los dos son jueces de juzgamiento, la diferencia radica en que los primeros conocerán materialmente de delitos que tengan en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de 6 años, y los Unipersonales sentenciarán los delitos que no son conocidos por los Colegiados.

Siguiendo un orden jerárquico, se encuentran las Salas Penales de las Cortes Superiores, éstas están conformadas por magistrados de segunda instancia, en consecuencia conocen los procesos elevados en apelación, ya sea de autos o de sentencias expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales -colegiados o unipersonales. Entre otras funciones dirimen contiendas de competencia, pueden dictar asimismo, medidas limitativas de derecho, sólo a pedido del Fiscal, o pueden resolver la recusación planteada contra sus Magistrados, entre otras.



En segundo lugar, se encuentra el Ministerio Público, no olvidemos que éste es un organismo autónomo³¹ constitucional que, principalmente, defiende la legalidad y los intereses tutelados por el derecho.

No obstante, parece haberse olvidado la idea precedente, pues se llega a confundir el papel desempeñado por el Ministerio Público, en tanto deja de lado la defensa de la sociedad y se inclina más por la defensa de la parte agraviada. Para Rodríguez (2011):

...el Ministerio Público no es el abogado de la víctima, sino de la sociedad... por ello sus actividades las somete al estricto principio de objetividad. No indaga, pues, para acusar de cualquier manera y en todos los casos, sino para descubrir la verdad de los hechos; de ahí que la información probatoria que recoja no tenga que ver únicamente con la responsabilidad del imputado, sino también, en su caso, con la inocencia o no culpabilidad del mismo (p. 106).

Ahora bien, Neyra afirma que el Perú, al asumir las reglas de un nuevo modelo procesal, es decir, el acusatorio³², adoptó un elemento muy importante, como es la autonomía del Ministerio Público, pues sólo así, éste podrá tener una participación activa en el proceso, y ser el protagonista de la investigación, papel que no lograría asumir si sería calificado como un auxiliar jurisdiccional como se le consideraba en el Código de Procedimientos Penales de 1940 (2010, p. 234-235).

Además se ha dicho que:

³¹ La Fiscalía nace como ente autónomo y separado del Poder Judicial con la Constitución de 1979 y se reafirma con la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1981, la Constitución de 1993 y el nuevo Código procesal del 2004; ya que esta institución no tenía cabida, pues, “el ejercicio de la pretensión penal estatal era potestad exclusiva del Poder Jurisdiccional, lo cual implicaba el ejercicio de una doble función por parte del órgano juzgador: de acusar y de juzgar, generando atrocidades e infortunios de este sistema inhumano, lo que llevó a una redefinición del modelo incluyéndose una nueva figura ajena al órgano judicante, el Fiscal, quien vendría a asumir nuevos roles” (Peña Cabrera, 2012, p. 314).

³² Reforzando lo dicho con anterioridad, se ha mencionado que “el nuevo Código Procesal Penal de 2004 se ha alineado dentro del sistema procesal acusatorio, puesto que se sustenta en una clara repartición de funciones penales entre el fiscal como responsable de la investigación, la probanza del delito y la responsabilidad penal; y el juez encargado de realizar el juzgamiento y dictar la sentencia con imparcialidad” (Coaguila, 2013, p. 13).



De acuerdo con la Constitución Política, ejerce el monopolio del ejercicio público de la acción penal: promueve de oficio, o a petición de parte, la acción penal (art. 139.1, 5); conduce o dirige la investigación del delito (art. 139.4). Esta titularidad es exclusiva del Ministerio Público que actúa conforme a las funciones constitucionalmente reconocidas, su ley orgánica y la ley procesal. (Sánchez, 2009, p. 92)

De ahí que, siguiendo a Rosas, la acción penal es considerada como la potestad jurídica persecutoria contra una persona que ha cometido un ilícito penal, lo que provoca que el órgano jurisdiccional actúe, con la finalidad de dar con los responsables de la comisión del delito o falta, y de esta forma aplicar la ley, es decir, sancionarlo y a la vez conseguir el resarcimiento mediante la reparación civil (2009, p. 207).

En palabras de Salas, el ejercicio de la acción penal está regulado por ley, razón por la que sólo su titular está legitimado, puede ser un organismo constitucionalmente autónomo o el propio afectado, es una manifestación de poder concedido sólo a estos dos (Ministerio Público o particulares) dependiendo de la naturaleza del delito, todo con el fin de realizar una investigación y en consecuencia solicitar una declaración judicial en relación a la responsabilidad del o los acusados (2011, p. 91).

No se debe perder de vista que el sistema al que pertenece la titularidad de la acción penal es el mixto o ecléctico pues se combinan el sistema de oficialidad y el de disponibilidad. El *primero* según Rosas consiste en atribuir la titularidad de la acción penal a un órgano que pertenezca al Estado, en caso nuestro, será el Ministerio Público (2009, p. 209).

Mientras que el *segundo* concede “la atribución del derecho de la acción penal a los particulares” (Rosas, 2009, p. 209).

Pues bien, en este punto es importante tomar en cuenta que existe una clara diferencia entre la acusación particular y la acusación privada. Según Rosas todo parte de la clasificación de los delitos según la naturaleza jurídica de la acción penal, pues algunos son perseguibles de oficio, ahí es donde se manifiesta la acusación particular. En cambio,



existen delitos que son perseguibles a iniciativa del propio ofendido³³, para los que funciona la acusación privada (2009, p. 210).

Pues bien, el Ministerio Público está representado por el Fiscal, el mismo que conduce desde su inicio la investigación del delito, para esto cuenta con el apoyo de la Policía Nacional. Su deber principal es obtener todos los elementos de convicción que acrediten el hecho delictivo, además de identificar a los autores y partícipes, sin olvidar que es defensor de la legalidad. El actuar del Fiscal también está sujeto a la observancia de principios institucionales, éstos son los que orientan el desenvolvimiento de los fiscales de manera general. Según Angulo (s/a) éstos son:

- Principio de jerarquía: En tanto el Ministerio Público constituye una unidad pero a la vez es una institución organizada jerárquicamente, teniendo como máxima autoridad al Fiscal de la Nación.
- Principio de indivisibilidad: Pese a que el Fiscal goza de independencia de criterio, por este principio se sabe que su opinión personal es la opinión del organismo, razón por la que en caso exista un cambio de representante del Ministerio Público, éste hará suyo el criterio original, a menos que haya un cambio sustancial ante la presencia de nuevos medios probatorios.
- Principio de imparcialidad: Como ya se expuso, el Ministerio Público es abogado de la sociedad, por lo cual debe actuar con desinterés objetivo, así, su desempeño no sólo debe estar orientado a lograr la condena, sino también la absolución.
- Principio de objetividad: Es un principio que puede llegar a confundirse con el de imparcialidad, no obstante nos explica Angulo (s/a) que “lo objetivo se refiere a la cualidad que permite apreciar un objeto (una cosa) con independencia de la propia

³³ La persecución penal de determinados delitos se encuentra reservada a la víctima. A dichos delitos se les denomina delitos privados al depender su persecución penal de la víctima y no ya del fiscal, excluyendo así su intervención en este tipo de delitos. En el Perú, los delitos perseguibles mediante ejercicio privado de la acción penal son: i) Lesiones culposas (artículo 124, primer párrafo del Código Penal – CP); ii) Injurias (artículo 130 del CP); iii) Calumnias (artículo 131 del CP); iv) Difamación (artículo 132 del CP); y, v) Delitos de violación de la intimidad (artículo 158 del CP). El legislador ha escogido estos delitos por la poca gravosidad social del acto y porque afectan de manera directa al agraviado. (Martínez Huamán, 2011: 91)



manera de pensar o sentir, mientras que lo imparcial, supone la equidistancia que se toma respecto de dos partes (dos personas) en pugna”. Opinión distinta tiene Neyra (2015) para quien la imparcialidad es un “atributo de la jurisdicción, pues lo mantiene como tercero entre las partes, por ello el Fiscal al ser parte del proceso penal no goza del principio de imparcialidad, a él le corresponde el principio de objetividad” (p. 363).

- Principio de legalidad: Por este principio, el Fiscal debe dirigir ir sus actuaciones al respeto de lo estipulado en la Constitución y las leyes, pues de lo contrario su actuación devendrá en nula. Además de ello, este principio determina que una vez promovida la persecución penal del hecho delictivo, el representante del Ministerio Público debe continuar con la investigación y si encuentra fundamento suficiente formular acusación.
- Principio de equidad: Como indica Morello citado por Angulo (s/a) “es de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor” (p. 212).

En tercer lugar, tenemos a la Policía Nacional, recordemos que es una institución ajena al sistema de impartición de justicia, no obstante es una entidad de apoyo al Ministerio Público. En ese entender puede incluso por iniciativa propia tomar conocimiento de hechos delictivos y dar cuenta al Fiscal, además, también puede reunir elementos de prueba e individualizar a los autores o partícipes del delito y realizar todas las diligencias que ayuden al esclarecimiento de los hechos investigados, las mismas que plasmará en un acta.

En cuarto lugar, se encuentra el imputado, quien viene a ser el sujeto principal del proceso penal y a la vez es la parte pasiva de la relación jurídico-procesal penal. Por estas razones el artículo 71 del Código Procesal Penal numera los derechos de los que goza, entre ellos podemos resaltar el derecho de defensa, derecho a guardar silencio y a declarar, a no ser sometido a ningún método que altere su libre voluntad y a ser examinado por un médico legista.



En caso el imputado considere que no se le han respetado los derechos mencionados o es objeto de medidas limitativas o requerimientos ilegales, según el artículo 71. 4, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o protección que corresponda.

En quinto lugar, está ubicado el abogado defensor, el mismo que está encargado de “garantizar un juzgamiento sobre la base de los principios constitucionales del debido proceso, tutela judicial efectiva y acceso a la defensa” (Bermúdez, 2014, p. 192). Como ya se ha desarrollado con anterioridad el derecho de defensa debe estar presente durante todo el proceso penal, y si no se tiene defensa privada o de confianza, el Estado está en la obligación de proporcionar un abogado de oficio. El abogado defensor, al igual que el imputado goza de varios derechos, así, el artículo 84° del Código Procesal Penal señala:

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.
5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
7. Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.
8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.
9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.

10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley. El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Los abogados defensores deben actuar conforme al Código de Ética del Abogado, de esta forma cumplirá a cabalidad la función que le fue encomendada, más aún si se tiene en cuenta que cumple un papel trascendental dentro del proceso penal al actuar en defensa de los derechos de su patrocinado. Además la Ley Orgánica del Poder Judicial indica claramente en el artículo 288 que el abogado patrocinante tiene el deber de actuar como servidor de justicia y colaborador de los magistrados, actuar con moderación y sobretodo cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente.

En sexto lugar, está el agraviado, el Código Procesal Penal considera como agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Este sujeto procesal goza de diversos derechos, podemos resaltar el derecho a ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, a ser escuchado, a ser tratado en forma respetuosa y digna y finalmente a impugnar el sobreseimiento y la absolución. El agraviado, asimismo puede constituirse en actor civil, a fin de reclamar una reparación por los daños y perjuicios que le ha causado la comisión del delito, y sólo podrá hacerlo antes de que culmine la Investigación Preparatoria.

Ahora bien, pasemos a desarrollar de manera breve cada etapa del proceso común.

2.2.2.1.1. Etapa de investigación

Para el maestro Cubas (2009) “la etapa de investigación es aquella que busca reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permiten al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado preparar su defensa” (p. 16).

Esta etapa está a cargo del Ministerio Público, así lo dice expresamente la Ley N° 30076, promulgada el 19 de agosto de 2013, la misma que entre diversas consideraciones



modifica mediante el artículo 3° el artículo IV del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal³⁴, cuyo contenido literal es el siguiente:

“1. El Ministerio Público, es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad se conducen y controlan jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional. 3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición. 4. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos”.

La etapa de investigación tiene el carácter de reservado, sólo las partes tiene acceso a la carpeta fiscal. Pues bien, para que el Fiscal puede llevar a cabo la investigación, debe conocer del hecho delictivo, para esto cualquier persona está facultada para denunciar siempre y cuando el ejercicio de la acción penal sea público, de esta forma el Fiscal podrá iniciar los actos de investigación de oficio o por otro lado será a petición de los denunciantes. El Código Procesal Penal los denomina actos iniciales de investigación.

La etapa de investigación está conformada también por la investigación preparatoria, en esta etapa si el Fiscal considera que la denuncia no procede o después de realizar las diligencias preliminares no hay suficientes elementos probatorios para calificar

³⁴ Hasta antes de la modificación, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribía: “1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio. 2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional. 3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tiene carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá al órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición”.



la hecho como delictivo, ordenará el archivamiento, caso contrario dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria mediante una disposición, la que deberá contener ciertas formalidades. El Fiscal continuará realizando todas las diligencias que considere pertinentes, tiene un plazo de 120 día naturales prorrogables por un máximo de 60 días naturales para concluir la investigación preparatoria. Para un mejor desarrollo de esta etapa el representante del Ministerio Público podrá pedir apoyo a la Policía Nacional.

2.2.2.1.2. Etapa intermedia

Benavente (2008) afirma que para él la etapa intermedia “es una fase de saneamiento que tiene por fin eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de lo actuado y que haga imposible la realización del juicio oral” (p. 16).

El Código Procesal Penal desarrolla la etapa intermedia dentro del Libro Tercero, Sección II, desde el artículo 344 hasta el 355.

Esta etapa pulirá todos los aspectos a fin de que el juzgamiento sea viable. Para esto después de que el fiscal disponga la conclusión de la investigación preparatoria, decidirá en un plazo de quince días si formula acusación o si requiere sobreseimiento. Para Peña Cabrera (2011), respecto a la etapa intermedia, existen dos funciones: la positiva y la negativa, así indica que “la función positiva de dicha etapa consiste en convalidar los actos de investigación, permitiendo que la persecución penal pase a su etapa final (juzgamiento). La negativa, por su parte, determina el cese de la persecución penal por defectos probatorios o en los criterios de imputación delictiva previstos en la teoría del delito” (p. 169).

Entrando en la función negativa, es decir, el requerimiento de sobreseimiento, el Código Procesal Penal señala que será el Fiscal el encargado de enviar al Juez de la Investigación Preparatoria el requerimiento. Éste último hará el traslado a las demás partes procesales a fin de que puedan formular oposición. Una vez que el plazo ya haya vencido el Juez citará tanto al representante del Ministerio Público como a los demás sujetos procesales para que acudan a una audiencia preliminar en la que debatirán los fundamentos del requerimiento. Finalizada dicha audiencia el Juez tiene un plazo de quince días para



pronunciarse a favor o en contra del sobreseimiento solicitado. Contra este auto cabe la posibilidad de interponer recurso de apelación.

Es importante recordar de la misma forma que existen dos tipos de sobreseimiento: el total y el parcial. Hablamos de sobreseimiento total cuando están comprendidos todos los delitos y todos los imputados si en caso lo hubiera. Será sobreseimiento parcial cuando se ciñe sólo a un delito o a uno de los imputados.

Ahora bien, si hablamos de la función positiva, es decir, la acusación, nos referimos al hecho de que el Fiscal considera que existen motivos suficientes para iniciar juicio oral. Para Arana (2014) “la acusación es el acto procesal por el cual se interpone la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una persona que se afirma que ha cometido” (p. 567).

El Código Procesal Penal desarrolla la acusación desde el artículo 349° hasta el 352°. Lo principal a resaltar es el contenido de la acusación fiscal, entre otros ésta debe estar motivada, así debe de expresar la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, debe de contener asimismo los elementos de convicción que fundamenta el requerimiento fiscal, el artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena, el monto de la reparación civil y los medios de prueba que se actuarán en audiencia.

Otro criterio que no debemos olvidar y que además resulta fundamental es que en la acusación fiscal no pueden incluirse hechos y personas distintas a las que están en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

La acusación será notificada a los demás sujetos procesales para que éstos en el término de diez días puedan observarla, deducir excepciones y otros medios de defensa, pedir el sobreseimiento, ofrecer pruebas para el juicio entre otros.

Presentados los escritos o vencido el plazo descrito con anterioridad, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora a fin de que se lleve a cabo una audiencia preliminar, a ésta deben de asistir obligatoriamente el Fiscal y el abogado defensor del



acusado, los mismos que debatirán sobre la procedencia de cada pretensión planteada. El Juez puede resolver de manera inmediata o en su defecto puede diferir la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. Contra su resolución procede el recurso de apelación.

2.2.2.1.3. Etapa de juzgamiento

Esta es la etapa principal del proceso, pues es aquí donde las partes exponen su teoría del caso y debaten con la parte contraria, se actúan las pruebas y es posible cuestionarlas, todo esto permitirá que el juzgador tome una decisión y pueda así emitir su sentencia.

En esta etapa más que en otra se ponen de manifiesto muchos principios, como se detalla a continuación:

a) *Principio de oralidad*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la oralidad como “la cualidad de lo oral” y lo oral es aquello “que se manifiesta mediante la palabra hablada”, es decir, nos comunicamos/ transmitimos nuestras ideas hablando.

Desde el punto de vista jurídico y en especial en la rama del derecho que nos atañe la oralidad cobra una vital importancia, pues de hecho es uno de los fundamentos del sistema acusatorio adversarial. La oralidad “es un instrumento principal que produce la comunicación oral entre las partes y el juez, que por su importancia cimienta y califica todo un sistema procesal, que en el presente caso constituye una característica propia del proceso penal” (Pantoja, 2011).

Según Neyra se entiende por oralidad³⁵ a una regla técnica del debate procesal pues la resolución judicial se construirá en base a lo expresado oralmente y visto en audiencia (2010, p. 149). Además, se ha dicho que “como instrumento de comunicación, busca hacer

³⁵ El término oral viene del latín “oris” que significa *boca*. “Lo oral es la expresión humana mediante la boca o la palabra, esto, es comunicación verbal que constituye una forma natural de transmitir o exteriorizar nuestros pensamientos, rasgo fundamental que caracteriza y se inscribe en un sistema acusatorio” (Rosas, 2009, p. 149).



viva la actuación de la prueba, haciendo que la inmediación tenga sentido” (Arbulú, 2013, p. 42).

Muchos son los autores que indican que será por la oralidad que muchos otros principios también se manifestarán en el proceso, objetivo que no se logra cuando sólo se pone en práctica la lectura de escritos y demás. Principios como el de inmediación o contradicción

En esta misma línea Arana afirma que en los sistemas acusatorios, la oralidad constituye un elemento importante pues será en base al material expresado oralmente que se tomará una decisión, la misma que será plasmada en una resolución judicial, llega a la conclusión de que la oralidad es un método para que se desarrolle el proceso. (2014, p. 28).

El principio de oralidad se encuentra reconocido en el segundo inciso del Artículo Primero del Título Preliminar del Código Procesal Penal³⁶, aunque esta norma se refiere exclusivamente a la etapa de juzgamiento, “es preciso advertir que la oralidad [...], es un principio que rige no sólo la audiencia de juicio oral, sino todo el procedimiento” (Salas, 2011, p. 58).

El Código Procesal Penal nos da luces del manejo de la oralidad, así, en el artículo 361 establece lo siguiente:

1. La audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. El acta contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el Juez o Juez presidente y el secretario. Los Jueces, el Fiscal, y la defensa de las partes pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen convenientes. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, según el Reglamento que al efecto dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial.
2. El acta y, en su caso, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han

³⁶ “**Artículo I. Justicia Penal.- 2.** Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”.



intervenido y los actos que se llevaron a cabo. Rige a este efecto el artículo 121 del presente Código.

3. Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete.

4. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

Analizando el artículo precedente, vemos que aunque prima la oralidad ciertos actos son desarrollados de manera escrita, es aquí importante desarrollar entonces los tipos de oralidad con el fin de identificar cuál es el que utiliza nuestro Código.

Hablamos de oralidad plena –y como lo refiere Pantoja- cuando no hay espacio alguno para la manifestación de lo escrito, es decir, absolutamente todo debe ser oral, “lo que no se verbaliza en la audiencia no existe”. Para el mismo autor acompañado de otra doctrina, el talón de Aquiles de este tipo de oralidad es el desvanecimiento de la inmediación cuando por ejemplo se debe de materializar la oralidad en segunda instancia pues se tiene que repetir todo de nuevo (2011).

De otro lado, nos referimos a oralidad simple cuando se combinan tanto lo escrito como lo oral, dando prevalencia claramente a la oralidad.

Concluimos entonces que el Código Procesal Penal del 2004 adopta el tipo simple de la oralidad, en tanto, por ejemplo, primero se interpone el recurso de apelación de manera escrita para luego recién ser oralizada y debatida. Además cada audiencia es registrada en actas, las mismas que luego forman el expediente.

Por otro lado, San Martín siguiendo a Roxin ha dicho que existen partes del proceso que de todas formas deben de ser desarrolladas de manera oral, por ejemplo la ejecución de la prueba, los alegatos de las partes o la “última palabra” del imputado, sin embargo si bien la consecuencia de la oralidad va a ser la presencia de un proceso más eficaz y rápido,



pueda que surjan ciertos problemas como la falta de atención u olvido. De otro lado, otras partes del proceso se pueden llevar de manera escrita, como la presentación de la prueba documental –que tendrá que ser oralizada en juicio-, la sentencia o la etapa intermedia (2014, p. 120).

Finalmente Infantes (2006) ha señalado que “las ventajas de la oralidad como principio rector del proceso penal y en tanto método propio del juzgamiento son pues significativas y tiñen la justicia penal moderna” (p. 103).

Otros principios pero no menos importantes son los de inmediación, contradicción, continuidad y publicidad.

b) Principio de inmediación

Cuando hablamos del principio de inmediación hablamos de la relación que tiene con el derecho a la prueba. Es decir, no debe existir interferencia entre el juez y las pruebas a actuarse. Según, el Tribunal Constitucional -en la sentencia recaída en el expediente N° 02738-2014-HC/TC- mediante este principio se asegura que:

La actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a éste ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria (F. 10).

Al respecto se ha dicho de manera acertada que el principio en mención importa que “nadie medie entre el juez y la percepción directa de la prueba, por ejemplo el testigo que esté declarando. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta, entonces simplemente no está en condiciones –por capaz que sea- de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho” (Academia de la Magistratura, 2007, p. 33).

No obstante no debemos perder de vista que existe una excepción a la regla, en el caso concreto sería la prueba anticipada y la prueba pre-constituida.

c) *Principio de contradicción*

Diversa doctrina coincide en que el principio de contradicción tiene relevancia al momento de la actuación de la prueba, pues tanto Ministerio Público como abogado defensor tendrán la posibilidad de realizar cuestionamientos.

Oré (2011) indica que el principio de contradicción es “un mandato dirigido, tanto al legislador como al juez, para que organicen y dirijan el proceso, de forma tal, que las partes tengan la posibilidad de controvertir o rebatir posiciones antagónicas a la suya durante el desarrollo del proceso” (p. 205).

En ese sentido, el juez es el encargado directo de garantizar el principio de contradicción, teniendo en cuenta siempre que los sujetos procesales deben estar en una situación de igualdad de armas.

Para Alva (2009), los dos momentos claves del principio en desarrollo son:

- Conocimiento, debido a que permite al juzgador apreciar las posturas de las partes de manera directa, que actúan bajo el contexto de igualdad procesal.
- Discusión, pues permite refutar la tesis de la parte contraria y hacer notar sus debilidades frente al juzgador para que este toma una postura definida.

d) *Principio de continuidad*

El inciso 1 del artículo 360 del Código Procesal Penal prescribe claramente que “instalada la audiencia, ésta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión”.

Lo que se pretende con este principio es tener un juicio rápido, de forma tal, que el juez solucione la controversia en el menor tiempo posible. La continuidad está íntimamente relacionada con la unidad, recordemos que “el juicio oral es un acto complejo y unitario que se realiza sobre la base de sesiones. Está constituido por actos procesales consecutivos y ligados entre sí, de tal manera que el conjunto forma una unidad integral” (Calderón, s/a, p. 340) .



Sin embargo, si existe la posibilidad de que la audiencia se suspenda, así lo prescribe el inciso 2 del artículo 360 del Código Procesal Penal, de manera resumida se puede mencionar que la continuidad se verá alterada por razones de enfermedad del Juez, Fiscal, imputado o su defensor, por razones de caso fortuito o fuerza mayor o si así el Código lo dispone.

El plazo máximo para suspender el juicio oral es de 8 días hábiles, y en caso se sobrepase se producirá la interrupción del debate y además se dejará sin efecto el juicio.

e) Principio de publicidad

El desarrollo de las audiencias puede ser observado por la comunidad de manera continua, pues permite conocer la transparencia del proceso. Calderón (s/a) siguiendo al gran maestro Binder ha expuesto las finalidades del principio de publicidad:

- Prevención general, puesto que permite transmitir un mensaje a la sociedad respecto a la vigencia de los valores sociales que fundamentan la convivencia.
- Control del ejercicio del poder punitivo. Los jueces deben dictar sentencias de cara al pueblo, puesto que en él reside el poder originario (p. 334).

El principio de publicidad permite al público y también a la prensa presenciar físicamente la audiencia, y aunque es una regla obligatoria tiene limitaciones pues muchas veces en los procesos se debaten cuestiones que pueden generar ciertas vulneraciones a los implicados.

El artículo 357 del Código Procesal Penal regula los supuestos en los que la publicidad está restringida total o parcialmente, así señala que:

1. El juicio oral será público. No obstante ello, el Juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos:
 - a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio;
 - b) Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional;



- c) Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia;
- d) Cuando esté previsto en una norma específica;

Ahora bien, teniendo claros los principios relacionados al juicio oral, pasemos al desarrollo de éste.

El Código Procesal Penal regula el juzgamiento en el Libro Tercero, Sección III, es decir, desde el artículo 356 hasta el 403.

Es importante tener en cuenta que el juicio se desarrollará con la presencia obligatoria e ininterrumpida de los jueces, el fiscal y las demás partes procesales, sin embargo, pueda que ocurran ciertas circunstancias como la ausencia de alguna de las partes mencionadas. Por ejemplo, si se ausenta el acusado se le tendrá que apercibir y si aun así no concurre se efectivizará la declaración de contumacia. Una situación distinta se da cuando el acusado deja de asistir a las audiencias posteriores a su declaración en juicio o si se acogió al derecho al silencio, pues puede ser representado por el abogado defensor de su confianza.

Ahora, si el que no asiste injustificadamente es el abogado defensor se nombrará abogado defensor de oficio. Vemos claramente cómo es que se pretende garantizar el derecho de defensa en esta etapa, más aún si el artículo 367° indica que “la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor”

Finalmente, si se ausenta el Fiscal encargado del caso a dos sesiones consecutivas o tres no consecutivas se procederá a designar un reemplazo.

Ahora bien, una vez garantizada la presencia de todas las partes procesales se procederá a aperturar el juicio, esto va a cargo del juez penal, el mismo que dará las generales del proceso. A continuación el Fiscal será el encargado de iniciar con sus alegatos preliminares incluyendo la narración de los fundamentos de su acusación y



exposición de sus pruebas, le seguirán el actor civil y el tercero civil si lo hubiera. Por último expondrá el abogado defensor.

El juez escuchará los alegatos, una vez terminados le informará al acusado de sus derechos, luego le preguntará si admite ser autor o participe del delito que se le acusa y responsable de la reparación civil. Si el acusado da una respuesta positiva se declarará la conclusión anticipada del juicio, es decir, ya no será necesario continuar con el juzgamiento, razón por la que el acusado recibirá un beneficio, que es la rebaja del 1/7 de la pena después de una negociación con el fiscal, todo esto acabará con la emisión de una sentencia de conformidad.

También puede suceder que el imputado acepte parcialmente la acusación, en este caso se establecerá la delimitación del debate sólo en el ámbito que se cuestiona (pena o reparación civil).

El artículo 373° del Código Procesal Penal indica cuál es la actuación que sigue después. Lo que corresponde es la solicitud de nueva prueba.

Alva (2009) nos explica que:

La parte que pretenda introducir una nueva prueba deberá, de manera necesaria, argumentar de manera oral su utilidad y justificar su obtención de manera tardía. En el caso que no se demuestre la utilidad ni el requisito temporal –haberlo obtenido luego de la audiencia del control de la acusación-, el juez penal deberá opinar por el rechazo del medio probatorio ofrecido.

Ahora bien, secuencialmente el Código establece que se deberá iniciar la actuación probatoria. El orden del debate probatorio lo señala el Código Procesal y es el siguiente: a) Examen del acusado, b) Actuación de los medios de prueba admitidos y c) Oralización de los medios probatorios.

El desarrollo de la actividad probatoria está a cargo del Juez y podrá intervenir cuando así lo considere necesario.



El acusado será el primero en brindar su declaración si lo desea, pues también se puede acoger al derecho al silencio, seguirá el interrogatorio de testigos y peritos, a continuación se presentará la prueba material que ya fue incorporada con anterioridad al juicio y finalmente si el Juez lo decide se ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción. Un punto que es cuestionado por una parte de la doctrina es la prueba de oficio –que será la última en realizarse si el Juez lo ordenara- pues el magistrado se irroga una potestad de las partes procesales.

Al respecto, se indica que si el juez ordena la actuación de pruebas “las partes no sabrían de manera exacta el objeto del examen, con lo cual se afectaría su derecho de defensa y el principio de contradicción” (Alva, 2011).

Como hemos visto, el principio de oralidad está presente durante las declaraciones del imputado, testigos y peritos pues se les interroga a fin de llegar a la verdad, no obstante vemos cierta presencia de lo escrito al momento de la incorporación de la prueba documental al juicio, aun así está permitido dar lectura de los documentos tales como actas, informes o constataciones siempre y cuando se destaque oralmente el significado probatorio que considere útil.

Una vez actuadas las pruebas, le toca a cada parte procesal exponer sus alegatos finales de manera oral, es la última oportunidad que se tiene para crear convicción en el juez respecto a cada posición. En primer lugar irá el fiscal, seguido por el abogado del actor civil, si es que lo hubiere alegrará el abogado del tercero civil, finalmente lo hará la defensa del acusado. Concluidos los alegatos finales y si el acusado estuviera presente se le concederá el uso de la palabra para que exponga si así lo quiere.

El proceso finaliza cuando el Juzgador luego de deliberar toma una decisión³⁷, la que posteriormente será plasmada en una sentencia. Esta última debe de contener los requisitos exigidos por el Código Procesal Penal. Para esto el artículo 394 indica que:

³⁷ Según el inciso 2 del artículo 392 del Código Procesal Penal “la deliberación no podrá extenderse más allá de dos días, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del Juzgado Colegiado. En los procesos complejos el plazo es el doble (...)”. Si es que se excede este plazo y aun no se ha dictado sentencia el juicio se repetirá ante otro Juzgado.



La sentencia contendrá:

1. La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado;
2. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado;
3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que lo justifique;
4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo;
5. La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito.
6. La firma del Juez o Jueces.

La importancia de la sentencia es absoluta pues además de que con ella finaliza el proceso en primera instancia también se declara la responsabilidad o no del acusado³⁸. En caso alguna de las partes procesales no se encuentre de acuerdo con la decisión adoptada podrá interponer el recurso de apelación. No obstante, por la naturaleza de nuestro sistema, este recurso no sólo debe ser oralizado, sino además debe ser presentado por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes de leída la sentencia –plazo que deben de tomar en cuenta las partes procesales que estuvieron presentes en la lectura- o cinco días hábiles después de notificada la resolución para el que no concurrió.

³⁸ Un artículo que resulta muy importante resaltar es el 397 del Código Procesal Penal, pues indica la correlación entre acusación y sentencia, de manera clara precisa que no se pueden tener por acreditados hechos o circunstancias diferentes a las descritas en la acusación o si es que lo hubiera, en la acusación ampliatoria. Además no se puede modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación y menos se puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

2.2.2.2. La impugnación

El Libro Cuarto del Código Procesal Penal rige lo dispuesto a la impugnación. Según la Real Academia Española el término “impugnar” significa combatir, contradecir, refutar. Pues bien, partiendo de esta idea es posible afirmar que en cada uno de los procesos judiciales las distintas partes procesales tienen una pretensión diferente, unos querrán la condena y otros la absolución. Entonces, cuando un proceso penal finaliza existe una sentencia que contiene una decisión, ésta naturalmente no puede acaparar todas las pretensiones, razón por la que de alguna forma u otra una de las partes se sentirá afectada y buscará la revisión del pronunciamiento judicial.

Vemos que el artículo 404 del Código Procesal Penal precisa lo concerniente a la facultad de recurrir, del que podemos resaltar las siguientes ideas: las resoluciones judiciales sólo podrán ser impugnables en los casos en los que lo establece la Ley y por los medios adecuados, además podrá impugnar aquel que la Ley le confiere tal derecho. En muchos de los casos será el abogado defensor el que actúe en nombre de su patrocinado, no obstante, si este no se encuentra de acuerdo podrá desistirse más adelante. Finalmente existe la posibilidad de adherirse al recurso interpuesto siempre y cuando se cumpla con las formalidades de interposición y antes de que se eleve al Juez superior.

Son 9 los artículos que regulan los preceptos generales sobre la impugnación, sin embargo, para todos los recursos impugnatorios -que serán desarrollados con posterioridad- existen aspectos generales que deben ser observados, por ejemplo el artículo 405 indica claramente las formalidades del recurso.

Artículo 405. Formalidades del recurso.-

1. Para la admisión del recurso se requiere:

- a) Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.
- b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.



- c) Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.
2. Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.
3. El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

Un aspecto que también es importante resaltar es que en caso exista actor civil y éste no se encuentre de acuerdo con la decisión tomada sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.

En caso existan coimputados, la presentación de un recurso de alguno de ellos favorecerá a los demás. Ahora, el Tribunal encargado de revisar la resolución judicial sólo resolverá la materia impugnada, sin embargo, la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado.

2.2.2.2.1. Recursos impugnatorios

Al respecto Neyra ha dicho que en todos los procesos penales, los jueces de primera instancia emiten resoluciones que siempre, en un caso u otro, van a tener incidencia en el desarrollo del proceso. No obstante, estas decisiones contenidas en sus respectivas resoluciones, pueden ser fallidas o incorrectas, esto a consecuencia de la falibilidad del órgano judicial. Es así que, puede resultar afectado algún derecho de cualquiera de los sujetos procesales, sean imputados o no (2010, p. 365).

Todo esto nos lleva a pensar que el Estado no puede dejar en desamparo al sujeto procesal que se siente afectado con una decisión, en efecto, Sánchez indica que el ordenamiento jurídico tiene el deber de crear medios que tengan por objetivo corregir decisiones erróneas. Para lograr esto, se le tiene que conceder a los sujetos que se sienten



agraviados la posibilidad de solicitar un reexamen de la decisión al mismo órgano o a uno de superior jerarquía a través de los medios impugnatorios. Éstos últimos son mecanismos legales que posibilitarán la solicitud de modificación de la resolución judicial que causó el agravio o perjuicio (2013, p. 421).

Así, Neyra (2010) siguiendo a Doig Díaz, el que a su vez cita a Díaz Méndez refiere que “el fundamento de los recursos descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella estime desacertada, para lo cual se le da posibilidad de la impugnación que el recurso supone” (cita 475). De la misma forma lo expone San Martín Castro, éste último citando a Gozaíni señala que la impugnación persigue un fin: corregir la falibilidad del juzgador para conseguir que el acto jurisdiccional tenga eficacia (2014, p. 806).

Por otro lado, Frisancho (2012) señala respecto a los recursos, que sus fundamentos son:

[...], la necesidad psicológica del vencido, la falibilidad humana del juzgador, las razones históricas del propio derecho y, finalmente, el principio de legalidad, que exige tanto resoluciones jurisdiccionales producidas en el cauce de la ley como materialmente justas (p. 448).

Ahora bien, si hablamos de definiciones recordemos que, como ya se mencionó anteriormente, no existen diferencias sustanciales entre las denominaciones medios y recursos impugnatorios, aunque es importante tomar en cuenta lo señalado por Iberico (2016) en el sentido de que “el Código peca de redundante al hablar de recurso impugnatorio, cuando lo correcto es hablar de medio impugnatorio, ya que el recurso es una clase de aquel y por ende todo recurso lleva implícita la naturaleza impugnativa” (p. 2).

En ese sentido Frisancho define al recurso como la providencia legal observada por el Juez y que además es concedida a la parte que se siente agraviada, con el objetivo de lograr una nueva apreciación respecto a una decisión o situación procesal, para así corregirla, modificarla o confirmarla (2012, p. 449).



Al respecto Ortells citado por San Martín afirma que el medio de impugnación es un instrumento legal que puede ser utilizado por cualquiera de las partes, con el objetivo de cuestionar una resolución judicial y provocar así su reforma, anulación o declaración de nulidad (2014, p. 806).

Pues bien, nos preguntamos entonces, ¿quién está legitimado para recurrir? Sánchez refiere que la legitimación activa³⁹ tiene que ver mucho con el agravio sufrido, pues, el único que tendrá interés en cuestionar una resolución será el que siente que la decisión contenida lo perjudica, por lo que puede recurrir el fallo. Entonces, el agravio será un presupuesto material para determinar quién está legitimado y quién no (2013, p. 423).

Al respecto Frisancho indica que, en primer lugar está legitimado el imputado, en representación de él y con su expresa voluntad, su abogado defensor y también otros representantes (2012, p. 467). De la misma forma lo está el Ministerio Público, así expone Sánchez, pues es titular de la acción penal y defensor de la legalidad, tal y como lo establece el Código Procesal Penal del año 2004, es importante tomar en cuenta que puede impugnar incluso a favor del imputado (2013, p. 423).

Sin embargo, surgen ciertas dudas respecto a la legitimidad para impugnar, y es que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo hace referencia a la parte condenada. En relación a este cuestionamiento Maier citado por San Martín sostiene que los recursos como garantía procesal le corresponden únicamente al condenado, a criterio de este autor, la revisión de la sentencia no tiene carácter bilateral, es un derecho propio del condenado a requerir la doble conformidad. Y es que “si se tiene en cuenta que todo el sistema de garantías se ha construido para evitar que el Estado abuse y haga aplicación arbitraria de su poder penal y que el proceso penal constituye una obra estatal contra una persona, entonces, el recurso en cuanto garantía concreta del perseguido penalmente sólo puede ser obra suya y en la medida en que resulte condenado” (San Martín, 2014, p. 816).

Vemos entonces que, según Maier, el requisito indispensable para estar legitimado a efectos de interponer un recurso es estar condenado.

³⁹ Según el maestro Chioyenda citado por Peña Cabrera (2012) “la legitimación para obrar expresa que para que el Juez estime la demanda no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponda precisamente a aquél contra quien es hecho valer; o sea, considera la identidad de la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)” (p. 552).



De otro lado, Neyra afirma que no debemos perder de vista el derecho a la igualdad ante la ley, el mismo que está reconocido expresamente en la Constitución y que además, se manifiesta en el proceso penal, mediante el principio de igualdad de armas (2010, p. 370). Para él “es imperioso realizar siempre un esfuerzo de lectura constitucional”, así, citando a Moreno indica que “por razones de igualdad procesal de las partes, una vez establecido el recurso, no sería posible excluir a la acusación del acceso al recurso” (Neyra, 2010, p. 370).

Al respecto, compartimos esta última posición, en cuanto, privar a las otras partes de interponer un recurso sería ir en contra de nuestro propio sistema procesal, en cuanto a su manifestación garantista. En ese sentido -y según lo manifestado por Neyra- el recurso no es una garantía que le corresponde exclusivamente al condenado, por el contrario, también lo es para el acusador (Ministerio Público) e incluso para la víctima, los mismos que pueden recurrir una sentencia que les cause agravio, claro está, respecto al extremo que les corresponde (2010,p. 370).

Finalmente, es preciso advertir lo dicho por Frisancho al señalar que el imputado no sólo debe de conocer los fundamentos de la imputación, sino además, todos los fundamentos de las resoluciones jurisdiccionales y dictámenes fiscales que le causan agravio, pues sólo así, existirá la posibilidad de cuestionarlos y observar los errores en los que incurrió el órgano que decidió o dictaminó. Es decir, debe estar facultado para impugnar (2012, p. 453).

Asimismo, ahonda en su idea y manifiesta que:

A través del derecho a impugnar, el procesado –o sujeto pasivo del proceso penal- se opone eficazmente a la pretensión punitiva. Esta posibilidad de oposición reside en el derecho de defensa. De allí que, concluyamos que este último, es uno de los fundamentos del derecho a recurrir las resoluciones jurisdiccionales y los dictámenes de Ministerio Público. (Frisancho, 2012, p. 453)

En este contexto, los recursos impugnatorios según Rosas (2009) se clasifican en:

a) Recursos Ordinarios

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



b) *Recursos extraordinarios*⁴⁰

En estos recursos predomina su carácter de excepcional y limitado, pues sólo procede en determinadas resoluciones judiciales. Así el único recurso extraordinario es el de casación (p. 679).

No obstante ello, Frisancho (2012) incorpora una tercera clase de recurso: los recursos excepcionales. En ese sentido señala que “son aquellos que se interponen contra resoluciones judiciales que ha pasado a la autoridad de cosa juzgada. Es el caso de la revisión, la misma que el Código Procesal Penal del 2004 figura como <Acción de Revisión>” (p. 455).

Es necesario desarrollar cada uno de los recursos que el Código Procesal Penal considera. El artículo 413 indica que son cuatro los recursos contra las resoluciones judiciales: recurso de reposición, recurso de apelación, recurso de casación y recurso de queja.

Respecto al *recurso de reposición*, se interpone contra todo tipo de resoluciones excepto las que ponen fin al proceso, ante el mismo juez que las dictó para que éste lo examine nuevamente, este recurso es interpuesto en audiencia y debe ser resuelta al instante sin necesidad de una suspensión. Este recurso puede ser declarado inadmisibile.

No obstante también existe la posibilidad de que se interponga la reposición contra una decisión que no fue dictada en audiencia, para lo cual se deberá presentar por escrito y con todas las formalidades, sólo si el Juez lo considera conferirá traslado por el plazo de dos días, luego de esto resolverá mediante un auto, el mismo que es inimpugnable.

Iberico (2016) siguiendo a Ayan, el que a su vez cita a Clariá Olmedo ha dicho que “el pedido de reposición es una actividad impugnativa que no configura un recurso en

⁴⁰ “El origen de los recursos extraordinarios se encuentra en la Revolución Francesa, en la que se crearon el recurso y el tribunal de casación (cita omitida) con la finalidad política de lograr la supremacía de la ley, vigilando el sometimiento a ella de los tribunales; se trataba de establecer un órgano y un instrumento por medio de los cuales las sentencias de los tribunales que supusieran una contravención expresa al texto de la ley fueran casadas (casar es romper o anular), devolviéndose el conocimiento del asunto a otro tribunal para que dictara nueva sentencia. El Tribunal de casación tenía, pues, sólo jurisdicción negativa (casaba y devolvía) atendiendo a la infracción de la norma material, sin poder examinar los hechos (sólo la cuestión jurídica de la relación controvertida) y sin controlar la regularidad formal del proceso” (Benavente y Aylas, 2010, p. 32-33).



sentido estricto, no obstante la inclusión legislativa entre ellos, se trata de un trámite incidental por el que se tiende a evitar en alguna medida el recurso, provocando la eliminación de una injusticia por el mismo juez que dictó la resolución” (p. 54).

El recurso de apelación será desarrollado con posterioridad de manera extensa, pues he ahí el cuestionamiento del trabajo de investigación.

Ahora bien, en cuanto al *recurso de casación*, podemos decir que su regulación fue una novedad en el Código Procesal Penal. De este recurso se encargan los artículos 427 al 436, recordemos que éste es un recurso extraordinario, pues los motivos o causales⁴¹ de procedencia son limitados así como las resoluciones judiciales contra las que puede interponerse, éstas deben estar establecidas en la ley, para mejor entendimiento, el artículo 427 precisa lo siguiente:

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.
2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:
 - a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
 - b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

⁴¹ “**Art. 429: Causales.-** Son causales para interponer recurso de casación: 1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. 2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. 3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación. 4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. 5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional”.



- c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.
3. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.
 4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

No olvidemos que los encargados de resolver los recursos de casación son los magistrados de la Corte Suprema⁴², no obstante ellos no funcionan como una tercera instancia. Benavente junto a Aylas (2010) señalan que el recurso de casación “es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva” (p. 35).

El plazo para interponer recurso de casación es de diez días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución y en el escrito se debe indicar por separado cada causal invocada, un aspecto muy importante es el de la citación de los preceptos legales que se considera erróneamente aplicados o inobservados.

Lo particular de este recurso es que se realiza un doble examen de admisibilidad, primero será la Sala Superior quien decidirá su admisibilidad para luego notificar a las partes y solicitar el comparecimiento ante la Sala Penal de la Corte Suprema. El expediente será elevado a la Corte Suprema y posteriormente se correrá traslado a las demás partes por el plazo de 10 días.

⁴² De hecho el inciso 1 del artículo 26 del Código Procesal Penal respecto a la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema precisa: “Compete a la Sala Penal de la Corte Suprema: 1. Conocer el recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos por la ley”.



La Sala Penal de la Corte Suprema mediante un auto decidirá si el recurso ha sido bien concedido y si procede conocer el fondo del asunto, son suficientes tres votos para decidir la procedencia y dicha resolución se expide dentro del plazo de veinte días.

Lo que sigue es la realización de la audiencia de casación, ésta se llevará a cabo con la concurrencia de las partes que asistan. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte días y deberá ser notificada a todas las partes, esta sentencia lleva el nombre de sentencia casatoria, la misma que es “la resolución o ejecutoria suprema que dicta, en este caso, la Sala Penal de la Corte Suprema, luego de haberse desarrollado la audiencia de casación. En ese sentido, hay un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión impugnatoria, donde el órgano casatorio analiza la presencia o no de una infracción de derecho, y si lo hubiese, procederá a la corrección respectiva” (Benavente y Aylas, 2010, p. 127).

Otro de los recursos que el Código considera es el *recurso de queja*, el mismo que procede en dos casos: contra la resolución que declara inadmisibile el recurso de apelación y contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación.

Este recurso debe ser interpuesto invocando la norma jurídica vulnerada, además se debe acompañar con el escrito que motivó la resolución recurrida y, entre otros, la resolución denegatoria. Este recurso debe ser interpuesto ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso, este órgano decidirá sin más trámite su admisibilidad y cuando corresponda su fundabilidad.

2.2.2.2.1.1. El recurso de apelación

Como ya se indicó con anterioridad, el recurso de apelación es un recurso ordinario, pues, como bien señala Peña Cabrera, no existen requisitos especiales para su admisibilidad, sólo los que están señalados en la ley. Basta con la existencia de una resolución judicial, sea sentencia o auto, cuya decisión contenida en ella cause agravio para que la parte afectada se encuentre legitimada para la interposición del recurso de apelación (2012, p. 573). Éste recurso es el recurso ordinario por excelencia, pues conoce hechos como derechos.



Para un mejor entendimiento, el autor arriba mencionado siguiendo a Palacio manifiesta que:

A través del recurso de apelación cabe, no sólo la reparación de cualquier error de juicio o de juzgamiento (*error in iudicando*), con prescindencia de que se haya producido en la aplicación de las normas jurídicas (*error in iure*) o en la apreciación de los hechos o valoración de la prueba (*error in facto*); sino también la de cualquier tipo de errores *in procedendo*, comprendiendo en consecuencia tanto a los que afectan directamente a la resolución impugnada, cuanto a aquellos que afectan a los actos anteriores al pronunciamiento de la decisión. (Sánchez, 2011, p. 87)

Ahora bien, el recurso de apelación también cuenta con una clasificación, pues es importante conocer su ámbito de aplicación. Para Frisancho la apelación tiene dos grandes sistemas de referencia, así, se hablará de apelación plena o amplia cuando el Tribunal Ad Quem conozca toda la materia decidida en una primera instancia, es decir por el A Quo. No obstante, también es posible delimitar ciertos aspectos de la decisión que se va a cuestionar, así, se solicitará únicamente el reexamen de una determinada parte, esto último se conoce como apelación limitada o parcial (2012, p. 480).

Entonces, ¿qué sistema usa el proceso penal peruano? Salas manifiesta que el sistema peruano es un sistema mixto o híbrido, ya que fusiona la apelación plena e ilimitada, puesto que en segunda instancia existe un juicio de apelación (2011, p. 29).

En términos claros nos lo explica Neyra (2010) siguiendo la doctrina de Doig “[...] al instaurar la segunda instancia, el legislador peruano ha optado por el modelo de apelación limitada pero con modulaciones frente al modelo pleno, que postula, en lo sustancial, la reproducción del juicio oral” (p. 388).

Ahora bien, Sánchez (2013) comenta que:

En claro desarrollo del principio de legalidad de los medios impugnatorios, se señalan taxativamente los casos en que procede: sentencias y autos (sobreseimiento, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, que extingan la acción penal, que



revoquen la condena condicional, sobre la constitución de las partes, sobre las medidas de coerción, entre otros) (p. 432).

Para hacer una breve reseña respecto a la apelación de autos, el artículo 420 del Código Procesal regula lo referente al trámite que se debe llevar a cabo, así, en términos generales recibidos los autos, la Sala conferirá traslado al Ministerio Público y demás sujetos procesales por un plazo de cinco días. La Sala puede rechazar el recurso de plano o puede fijar día y hora para la audiencia de apelación. A esta audiencia pueden concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente, esta audiencia es inaplazable, finalmente la Sala tiene el plazo de veinte días para absolver el grado.

Al respecto no debemos olvidar la existencia del Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116, y es que a raíz de una aplicación errónea, se declaraban inadmisibles varios recursos de apelación de autos ante la inasistencia del imputado aplicando analógicamente lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 423.

No obstante este asunto quedó claro por el ya mencionado Acuerdo Plenario, de esta forma se dejó constancia que:

Fundamento 19°: En otras palabras, no se puede obviar que la sanción de inadmisibilidad del recurso por inasistencia a la audiencia es taxativa para los casos de apelación de sentencias, y siempre en casos en las que discute el juicio de culpabilidad pero no para la apelación de autos, lo cual no deriva de un olvido o error del legislador, porque claramente se advierte del apartado 5, del artículo 420, del NCPP, que señala expresamente que “[...] a la audiencia de apelación de autos podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente”; por tanto, si su asistencia a la audiencia es discrecional o facultativo, en tanto que la ley los faculta a asistir o no a un acto procesal, sería ilegítimo porque al ejercer un derecho sean sancionados penalmente.

Ahora bien, respecto a la apelación contra sentencias, no olvidemos que se trata de un segundo juicio, es decir, en este también deben estar presentes todos los principios, garantías y derechos que se aplican en el juicio oral.



En cuanto al trámite que se sigue, el Código Procesal Penal lo regula en los artículos 421° y 422°. De manera resumida, Rosas (2009) explica que “la Sala conferirá traslado por cinco días, luego del cual declarará su admisibilidad o no, pudiendo rechazarla de plano, caso contrario comunicara a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días” (p. 686). Así, “decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación” (Peña Cabrera, 2012, p. 581).

Para Moncada (2013) la audiencia “se constituye así en un escenario donde las partes ejercen sus derechos mediante la discusión, y donde presentan oralmente sus peticiones y argumentos, lo que a su vez generará un intercambio verbal de información relevante para la decisión que se debate, y que sea sobre la base de esta información de calidad que el Tribunal emita una resolución”.

El mismo autor a fin de ahondar en su idea cita a Mauricio Duce, pues éste último nos ilustra con las funciones de la audiencia, las que a continuación transcribo:

- Producir información de alta calidad (contradicción e interacción) para la toma de las decisiones.
- Adoptar decisiones judiciales de la más alta calidad posible.
- Generar un entorno en el que las partes puedan razonablemente ejercer sus derechos en el proceso.
- Resguardar la publicidad de las decisiones que se toman en el sistema de justicia criminal.

La audiencia de apelación de sentencias está regulada también en el Reglamento General de Audiencia bajo las normas del Código Procesal Penal en el Título VI – de las audiencias a cargo de la Sala Penal Superior-, Capítulo III –Audiencia de apelación de sentencias-, donde se establecen los mismos criterios señalados en el Código Procesal Penal.

En este punto, es importante resaltar que:

Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuese interpuesta por el Fiscal



[Art. 423.2]. [...] Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente [Art. 423.3]. (Peña Cabrera Freyre, 2012: 581). [...] Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación [Art. 423.5]. Las partes privadas hacen alusión al “Actor Civil” y al “Querellante Particular” (Peña Cabrera, 2012, p. 582).

Cabe recordar, como lo señalan Benavente y Aylas (2010), que la inadmisibilidad es “la sanción procesal por la que se impide, desde el inicio, que los actos de las partes y sus auxiliares o de algunos terceros, no provocados por el órgano jurisdiccional y cumplidos en inobservancia de determinados requisitos formales o sin tener la facultad para actuar en forma eficaz, produzcan efectos procesales” (p. 113).

He aquí que es necesario hacer una precisión, y es que como ya se vio, en el Acuerdo Plenario N° 1-2012 se indica claramente que la sanción de inadmisibilidad por inasistencia es taxativa para los casos de apelación de sentencias, pues en ellos se discute precisamente la culpabilidad o no del imputado. Es una posición que no es compartida y es que si lo que se debate precisamente es la inocencia o culpabilidad de una persona, la última sanción en la que se debe de pensar es en declarar su inadmisibilidad, por el contrario se deben de agotar todos los mecanismos a fin de que esa apelación obtenga una resolución expedida por el órgano superior correspondiente.

Esta sanción de inadmisibilidad ha sido observada por algunos doctrinarios e incluso ha llegado hasta el Tribunal Constitucional, la sentencia recaída en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC saca a relucir la posición que tienen los magistrados al respecto. Ellos llegan a la conclusión -y como lo expresa el fundamento 22 de la misma- que:

El recurso de apelación de sentencia debe ser declarado inadmisibile cuando no concurra el imputado o, en ausencia de éste, su abogado defensor. Es decir, sólo se declarará inadmisibile el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de



apelación; de lo contrario, la sola presencia de éste último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación.

Para tomar esta decisión, los magistrados del Tribunal Constitucional, recurren a la aplicación del test de proporcionalidad.

En ese sentido señalan en el fundamento 18 que:

El test de proporcionalidad exige, al respecto, que la medida de intervención que afecta el derecho fundamental resulte idónea, necesaria y proporcional en relación con el fin que se pretende alcanzar con dicha medida, y supone llevar a cabo un examen pormenorizado de las razones que se esgrimen para superar cada uno de los pasos del test de proporcionalidad: examen de idoneidad, examen de necesidad, y examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Este test, como su nombre lo indica se basa en el principio de proporcionalidad; al respecto se ha dicho en el fundamento 31 de la sentencia dada en el expediente 0012-2006-PI/TC, que:

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.

En este contexto, este principio está integrado por tres sub principios:



a) *Sub principio de idoneidad*

El Tribunal Constitucional indica en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el expediente 0030-2004-AI/TC que “este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida *sub examine* para su consecución”.

De acuerdo a Oré (2014) “es necesario precisar si la afectación del derecho resulta pertinente y adecuada para conseguir el objetivo propuesto, a la vez que dicho objetivo debe enmarcarse dentro de un parámetro constitucional” (p. 39-40).

En efecto, respecto al sub principio de idoneidad en el fundamento 18 de la sentencia recaída en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC antes mencionada, los magistrados señalan que:

Examen de idoneidad: implica que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la realización del fin propuesto. En ese sentido, este Tribunal advierte que el asegurar la presencia del apelante resulta una medida adecuada porque se pretende hacer cumplir principios procesales de primer orden tales como el de *contradicción efectiva, inmediatez y oralidad*. En ese sentido, la medida cuestionada resultaría idónea para la realización del fin estipulado por la regla establecida por la Sala Penal.

b) *Sub principio de necesidad*

Según Villegas importa la obligación de imponer entre la totalidad de las medidas restrictivas que resulten idóneas la que signifique el menor grado de limitación a los derechos de la persona, se deberá imponer la medida menos lesiva o aflictiva de entre todas las igualmente idóneas (2013, p. 120).

Respecto al sub principio de necesidad el Tribunal Constitucional, siguiendo con el segundo paso del test de proporcionalidad, en el fundamento 19 de la última sentencia en mención manifiesta:



Examen de necesidad: supone que la medida adoptada por el legislador (o, en este caso, por el operador intérprete de la norma), para ser constitucional, deberá ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional materia de intervención; entonces, la medida cuestionada resultara inconstitucional.

En dicha línea, este Tribunal considera que la interpretación literal del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal efectuada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa resulta inconstitucional dado que la presencia física y personal del recurrente (apelante) para que se lleve a cabo la audiencia de apelación, no resulta necesaria ni indispensable, pues esta actuación se puede desarrollar con la sola presencia de su abogado patrocinante, quien puede sustentar oral y técnicamente los argumentos del medio impugnatorio de apelación para que estos puedan ser sometidos al contradictorio y al debate oral con su contraparte (Ministerio Público). En ese sentido, al existir otro mecanismo que brinda el mismo resultado buscado por la medida de intervención, mecanismo que presenta un menor grado de afectación del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, dicha medida de intervención, consistente en la regla interpretativa dispuesta por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, debe ser interdictada por este Tribunal.

c) *Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto*

Castillo (2005) menciona acertadamente que:

Por este juicio el juez debe evaluar los beneficios y los daños que se generen en adoptar una medida restrictiva de un derecho, a fin de establecer si entre ambos existe una adecuada relación de equilibrio. Así, una medida sería desproporcionada por no ajustarse al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, si con ella se genera una restricción mayor que los posibles beneficios a obtener.

En este contexto, el Tribunal Constitucional en el fundamento 20 de la misma sentencia, considera que “habiéndose determinado que la regla interpretativa [...] no



supera el examen de necesidad, y en consecuencia, es inconstitucional, no resulta necesario someterla al examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto”.

Siendo esta la situación, y como ya se señaló con anterioridad, la sola presencia del abogado defensor basta para admitir el recurso. Sin embargo es preciso tomar en cuenta que tanto en el proceso N° 02964-2011-PHC/TC procedente de Arequipa, como en el proceso N° 4334-2012-HC/TC, originario de Lambayeque, las Salas Penales de Apelación reprogramaron las audiencias de apelación de sentencias y es recién en la audiencia reprogramada que se declara inadmisibile el recurso.

La audiencia de apelación resulta de vital importancia pues “es un escenario donde las partes ejercen sus derechos mediante la discusión, y donde presentan oralmente sus peticiones y argumentos, lo que a su vez genera un intercambio verbal de información relevante para la decisión que se debate, y que sea sobre la base de esta información de calidad que el Tribunal emita una resolución” (Moncada, 2013).

A lo largo de la investigación se han seguido revisando sentencias del Tribunal Constitucional al respecto, pues al variar de magistrados pueda que el criterio utilizado hasta el momento cambie.

Sin embargo, parece que se ha dejado de lado nuestro sistema procesal penal pues se ha contravenido su naturaleza de garantista. En el año 2014 se emitió una sentencia interlocutoria recaída en el expediente N° 01328-2014-PHC/TC donde se deja constancia que se ha obrado bien al declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación por inasistencia del abogado defensor y su patrocinado. Si bien, es un criterio que ya se había desarrollado, esta vez lo hacen mediante una sentencia interlocutoria que no es más que la resolución de cuestiones incidentales mas no del fondo pues consideran que no es un asunto de especial trascendencia constitucional, aun teniendo en cuenta que se trata de la posible vulneración de derechos constitucionales del imputado.

Al año siguiente, se ha llegado a revisar la sentencia recaída en el Expediente N° 01691-2010-PHC/TC donde se concluyó –fundamento 32- en un caso similar que “pese a no encontrarse presente el favorecido, se debió llevar a cabo dicha audiencia al si estarlo la abogada defensora en la audiencia de apelación de sentencia y tener la facultad para



sustentar oral y técnicamente los argumentos del medio impugnatorio de apelación para que estos sean sometidos al contradictorio y al debate oral con el representante del Ministerio Público”.

Observamos entonces que el criterio del Tribunal Constitucional no ha variado, pues incluso hacen mención a la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC desarrollada con anterioridad. Sin embargo existe un fundamento de voto del Magistrado Blume Fortini, el mismo que resume la posición del presente trabajo de investigación. De manera textual indica que:

El inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, referido al emplazamiento para la audiencia de apelación, señala expresamente que "Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente." Es decir, regula un potencial rechazo del recurso de apelación interpuesto y concedido en la instancia inferior, que se hace efectivo ante la incomparecencia injustificada del apelante a la denominada "audiencia de apelación-", creada por tal código.

A mi juicio, tal dispositivo crea un innecesario formalismo procesal que no supera en modo alguno el análisis de constitucionalidad, pues impide que el apelante obtenga un pronunciamiento de segunda instancia, a pesar de haber interpuesto oportunamente su recurso, lo que lesiona el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancias⁴³, como parte del derecho al debido proceso.

En tal sentido, considero que si el recurso de apelación ha sido interpuesto en su oportunidad, corresponde que, en ejercicio de los derechos mencionados, el recurrente obtenga un pronunciamiento del superior jerárquico y no se condicione tal pronunciamiento a ningún tipo de formalismo inoficioso, insubstancial y hasta contraproducente.

⁴³ Recordemos el fundamento 17 de la sentencia expedida en el expediente N° 4235-2010-PHC/TC.



Es una posición con la que se coincide en su totalidad, y la que debería asumirse a nivel nacional con el fin de evitar restricciones y vulneraciones a derechos constitucionales.

Resulta cuestionable la declaración de inadmisibilidad del recurso en el ámbito penal, teniendo en cuenta que de por medio se encuentran derechos fundamentales como la libertad, de hecho en ningún otro ámbito del derecho existe tal sanción. Por ejemplo, en la legislación civil existe apelación en procesos de conocimiento y abreviado, una vez admitido el recurso interpuesto, se comunicará la designación de la fecha para la vista de la causa, ahora, sólo si el abogado defensor desea informar lo comunicará por escrito, sin embargo, no existe inadmisibilidad por incomparecencia. Si hablamos de legislación laboral, el trámite de manera resumida es el siguiente: se admitirá por escrito la apelación interpuesta, asimismo se fijará fecha de audiencia, en caso el recurrente no concurra a dicha audiencia se dictará sentencia pero no se declarará la inadmisibilidad del recurso. Finalmente, en cuanto al ámbito tributario, no existe audiencia oral.

Ahora bien, respecto a legislación comparada se han revisado los siguientes países:

a. Chile:

Pese a existir la posibilidad de interponer el recurso de apelación, no se hace referencia a la declaratoria de inadmisibilidad. No obstante, en cuanto al recurso de nulidad se indica que se sancionará con la inadmisibilidad únicamente cuando el recurso se interpuso contra una resolución que no es apelable o si fue interpuesta fuera del plazo.

b. Paraguay:

El artículo 472 de la legislación procesal penal prescribe que si a la audiencia de prueba o fundamentación inasiste la parte no provocará la deserción del recurso pero si se debe hacer cargo de los costos.

c. España:

El artículo 598 menciona que ante la ausencia injustificada a la audiencia del desarrollo de vista no se suspenderá la misma. No existe mención en cuanto a una sanción de inadmisibilidad.



d. Colombia:

El artículo 179 regula el recurso de apelación contra sentencias, no obstante no existe pronunciamiento respecto a la inasistencia a la audiencia, a diferencia del artículo 178, el mismo que se refiere a la apelación contra autos, y en el que se indica que ante la inasistencia se declarará desierto el recurso.

e. Argentina:

El artículo 454 a diferencia de las otras legislaciones menciona que si el recurrente no asiste a la audiencia, se tendrá por desistido el recurso.

f. Ecuador:

El artículo 345 regula el trámite de la apelación, pese a que existe audiencia, no figura la inadmisibilidad por inasistencia del recurrente.

g. Bolivia:

El artículo 412 referido a la apelación restringida, indica que la inasistencia no provocará la deserción del recurso, pero la parte está obligada a pagar las costas.

2.3. Marco conceptual

- Sistema procesal

Un sistema procesal es el conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso. Así pues, tenemos claro que la forma y ritos del procedimiento, asignación de roles de los sujetos procesales, atribuciones del órgano jurisdiccional y demás reglas del método que empleará el Estado para administrar justicia dependen del sistema al cual se adhiera. (Salas, 2011, p. 11)

- Sistema inquisitivo

La inquisición es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social, manifestado en toda su extensión en la máxima *salus publica suprema lex est*, se tradujo al procedimiento penal y redujo al imputado a un mero objeto de investigación, con



lo cual perdió su consideración como sujeto de derechos. La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo. (Rosas, 2009, p. 116)

- **Sistema acusatorio**

El primer gran sistema procesal configurado en la historia de la justicia penal fue el acusatorio. Sistema que en su origen significó el hecho que existieran frente a frente el acusador privado y el agresor ante un Juez o frente al jurado a efectos de dirimir el conflicto. Posteriormente estos sujetos procesales serían representados por sus Abogados, manteniéndose la institución del jurado popular, para finalmente ya en la época post ilustración ser, el agredido con el delito, representado por el Ministerio Público, sin perjuicio de la defensa propia de sus intereses particulares. El Ministerio Público, de ser órgano del Ejecutivo o del monarca, según el tipo de Estado que se trate, pasó a constituirse en el acusador oficial y representante de la sociedad en juicio. (Infantes, 2006, p. 34)

- **Resolución judicial**

Cualquiera de las decisiones, desde las de mero trámite hasta la sentencia definitiva, que dicta un juez o tribunal en causa contenciosa o en expediente de jurisdicción voluntaria. En principio se adoptan por escrito, salvo algunas de orden secundario que se adaptan verbalmente en las vistas o audiencias, de las cuales cabe tomar nota a petición de parte. (Ossorio, 2010, p. 876)

- **Sentencia**

Declaración del juicio y resolución del juez (Dic. Acad.). | Modo normal de extinción de la relación procesal (Alsina). | Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento (Couture). | Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución de procesado (Ramírez Gronda). | Resolución judicial en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso (Cabanellas). | Llámase [sic] asimismo sentencia el fallo o resolución que se dicte



en los juicios de árbitros o de amigables componedores, si bien en estos casos es más frecuente la expresión laudo. (Ossorio, s/a)

- **Recurso de apelación**

Clariá citado por Sánchez define al recurso de apelación como el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial, que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable. (Sánchez, 2011, p. 87)

- **Principios**

Los principios procesales [...] vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha adoptado. (Monroy, 2007, p. 173)

- **Garantías**

Las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del amparo estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento. (Salas, 2013, p. 17-18)

- **Derechos**

Los derechos –desde un punto de vista subjetivo- son las facultades con las que cuenta una persona para exigir el respeto de toda situación que le favorece, conforme al ordenamiento jurídico vigente. Un derecho es una potestad individual de proceder o no conforme a los límites legales impuestos por una autoridad. (Salas, 2013, cita 11)

- **Imputado**

Existe prácticamente unanimidad en considerar al imputado como el sujeto al cual se atribuye, con un mínimo fundamento, la comisión de unos hechos que revisten caracteres de delito. El imputado es la persona sobre la cual recae la sospecha de haber cometido un hecho criminal; es el sujeto frente al que se dirige inicialmente la instrucción preliminar y que adquiere, desde ese primer momento, la calidad de parte pasiva del proceso penal. (Armengot, 2013, p. 183)



2.4. Hipótesis

2.4.1. Hipótesis General

En las Salas Penales de Apelación de Cusco al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentadas en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor, se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de la instancia debido a que dicha inadmisibilidad impide un pronunciamiento de fondo sobre el recurso impugnatorio presentado.

2.4.2. Hipótesis Específicas

- En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal desconociendo la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- En las Salas Penales de Apelación de Cusco se inaplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.
- En las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del



Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

2.5. Categorías de estudio

Categorías	Subcategorías
Recurso de apelación de sentencias	Naturaleza jurídica Requisitos de admisibilidad Clasificación Trámite Audiencia de apelación Sentencias de segunda instancia
Derecho de defensa	Naturaleza jurídica Regulación en Tratados Internacionales Regulación en la legislación peruana Manifestaciones del derecho de defensa
Derecho de pluralidad de instancias	Naturaleza jurídica Regulación en Tratados Internacionales Regulación en la legislación peruana Derecho de acceso a los recursos Derecho a recurrir

3. CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. Metodología aplicada al estudio

Tipo de Investigación	Dogmático - Propositiva: “La investigación jurídico-dogmática tiene dos niveles. El primero es hermenéutico y el segundo el teórico-dogmático, o simplemente: dogmático... El primer nivel o inicial, se dedica a hacer hermenéutica (o interpretación) de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas...” (Sánchez, 2011, p. 337). Por otro lado, la investigación es propositiva pues el objetivo del trabajo es alcanzar una propuesta normativa para la modificación del artículo 423 del Código Procesal Penal. Así, según Aranzamendi “se analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinado sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la derogación o reforma. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (2010, p. 163).
Enfoque de Investigación	Cualitativo: Dado que el estudio que realizamos se trata de un análisis de la información extraída de las actas y los audios de las audiencias llevadas a cabo en los procesos de segunda instancia. Según lo mencionado por Hernández y otros (2010) el enfoque cualitativo “se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni completamente predeterminados. No se efectúa una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico” (p. 9).



3.2. Universo y muestra

El universo en el presente trabajo son:

- Legajos de las actas de audiencias llevadas a cabo en las Salas Penales de Apelación de Cusco durante el año 2014.

Por otro lado, utilizamos la *muestra intencional o de conveniencia*, pues seleccionamos de manera directa e intencional las unidades objeto de investigación; que en el presente caso son:

- Actas de audiencia donde se declara inadmisibile el recurso de apelación de sentencia.
- Audios de audiencias de apelación de las Salas Penales de cusco de 2014, en las que se declaran inadmisibles recursos de apelación por inasistencia del recurrente y/o abogado defensor durante el año 2014.
- Audios de audiencias posteriores a la declaratoria de inadmisibilidad respecto a los casos inicialmente seleccionados.

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.1. Técnicas

Se aplicó la técnica de recolección de datos denominada “registro sistemático de datos” (Aranzamendi, 2010: 198), la misma que nos permitió obtener información contenida en las unidades objeto de investigación, señaladas en el punto anterior, vinculada al tema materia de investigación.

3.3.2. Instrumentos

Como instrumento empleamos la ficha de registro de datos (anexo N° II). La información obtenida luego de aplicar la ficha en mención, fue sistematizada en cuadros cuyo formato figura en el anexo N° III, para ser analizada posteriormente.



4. CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este capítulo efectuamos la contrastación de las hipótesis de investigación con los resultados obtenidos. Ello con la finalidad de demostrar que en las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el imputado vulnerando y restringiendo los derechos de defensa y de pluralidad de instancias.

Para alcanzar dicha finalidad consideramos pertinente dividir este trabajo en dos partes. En primer lugar se tomarán en consideración los casos en los que insistió únicamente el imputado estando presente su abogado defensor; y en segundo lugar se tomarán en cuenta los casos en los que inasisten a la audiencia de apelación tanto imputado como abogado defensor.

4.1. Inasistencia del imputado a la audiencia de apelación de sentencia

En esta parte contrastaremos los resultados de la investigación con la primera, segunda y tercera hipótesis específicas:

Hipótesis Específica 1: En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.



Hipótesis Específica 2: En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Hipótesis Específica 3: En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal desconociendo la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

✓ **Primera Sala Penal de Apelaciones:**



TABLA N° 1: Expediente N° 1127-2011 sobre delito de Peculado Doloso sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años.

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 16/06/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	El Ministerio Público considera que conforme lo establece el Código Procesal Penal es necesario la concurrencia del sentenciado impugnante, esto para fines de ser examinado conforme también lo establece el Código Procesal Penal, por estas consideraciones el Ministerio Público exigiría a esta Sala para la notificación del sentenciado.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	Parece que mi patrocinado no me entendió bien.
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: Para el día de la fecha se ha programado la audiencia de apelación de sentencia condenatoria a la que ha asistido la representante del Ministerio Público así como el abogado del sentenciado apelante.</p> <p>SEGUNDO: Que el indicado sentenciado apelante... no se ha hecho presente a esta audiencia pese a estar debidamente notificado e incluso exhortado por parte de su señor abogado.</p> <p>TERCERO: Que el artículo 423 inciso 2 del Código Procesal Penal precisa que es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuera interpuesta por el fiscal, sin embargo el inciso 3 precisa que si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso, en el presente caso la situación se adecua al inciso 3 del artículo 423, por lo que no habiendo concurrido a la presente audiencia el apelante... y no habiendo justificado dicha incomparecencia</p> <p>Se resuelve: DECLARAR LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN que interpuso contra la sentencia condenatoria... en consecuencia se dispone la devolución del presente proceso al juzgado de origen para los fines de ley.</p>



	<p>17/06/2014: DE OFICIO:</p> <p>3. El Colegiado ha tomado conocimiento de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en la causa 2964-2011-PHC/TC...</p> <p>4. ...se tiene que a la audiencia de apelación del 16 de junio de 2014, si bien no concurrió el imputado... sí lo hizo su abogado defensor... por lo que bajo el contexto de la sentencia del Tribunal Constitucional aludido no era procedente declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación.</p> <p>... el Colegiado resuelve: I. DECLARAR la nulidad de la resolución de fecha 16 de junio de 2014 que declara la inadmisibilidad del recurso de apelación... II. Siendo el estado del proceso el de convocarse a la audiencia de apelación de sentencia, SEÑÁLESE como fecha para la audiencia...</p>
	<p>04/07/2014:... se reprograma la audiencia por inasistencia del abogado del imputado, se dispone que el apelante... designe abogado de su defensa privada y en caso de no hacerlo la Sala dispondrá que se asigne abogado defensor de oficio.</p>
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
<p>OCTAVO: ... a criterio de este Colegiado las conductas descritas..., eliminan el dolo de apropiarse del dinero del Estado, por parte del apelante. De este modo, no concurre el elemento subjetivo doloso que exige el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, siendo irrelevante determinar si concurre o no la circunstancia agravante que para el efecto se ha postulado... RESUELVE:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado... 2. REVOCAR la sentencia condenatoria... y REFORMÁNDOLA ABSOLVIERON al acusado... de la acusación fiscal formulada en su contra... En consecuencia DISPUSIERON el archivo definitivo de la presente... 	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	X
Ejecución	X

Elaboración propia.

**Análisis:**

Como se aprecia del cuadro precedente, el recurso de apelación de sentencia fue interpuesto por la defensa del imputado que ha sido sentenciado en primera instancia, se impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3, cabe resaltar que este recurso ya fue declarado admisible pues de otra forma no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

No obstante, a dicha audiencia no concurrió el imputado recurrente por razones no especificadas, sin embargo si concurrió su abogado defensor, el mismo que ante la pregunta por parte del presidente de la Sala del motivo de dicha ausencia, lo único que atina a decir es que su patrocinado no le entendió bien. Debemos advertir que con las explicaciones genéricas brindadas por la defensa es posible establecer que no se ha respetado la esencia del deber profesional, tal como lo indica el artículo 5° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado, menos aún ha interpuesto en el acto el recurso de reposición⁴⁴ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación por estar presente y para garantizar la pluralidad de instancias y defensa.

Por otro lado, el representante del Ministerio Público exigió la presencia del imputado y en consecuencia su notificación, claro está, no ha hecho ningún pedido formal para que se declare la inadmisibilidad. No obstante lo señalado con anterioridad, este organismo debió adecuar su pronunciamiento a los criterios establecidos en la sentencia N° 2964-2011-HC/TC pues se fijó que para la realización de la audiencia de apelación no es necesaria la presencia del imputado, basta la de su abogado defensor, además debió actuar conforme la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que rige sus funciones, de la misma forma no actuó con objetividad, en tanto no veló por el cumplimiento de los derechos del imputado, en el caso concreto el derecho a la pluralidad de instancias. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

No consta observación alguna de la parte agraviada.

⁴⁴**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



El Colegiado Superior declaró la inadmisibilidad del recurso, en aplicación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada.

Sin embargo días después y de forma acertada la Primera Sala Penal de Apelaciones emite una resolución de oficio citando la sentencia recaída en el expediente N° 2964-2011-HC/TC, la misma que dándole una salvedad a la disposición contenida en el artículo 423. 3 indica que: “solo se declarará inadmisibile el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación”. Motivo por el que declara la nulidad de la resolución que contiene la inadmisibilidad y señala nueva fecha para la audiencia respectiva, garantizando de esta forma el derecho a la pluralidad de instancias, además también se ha garantizado el derecho de defensa, pues a la fecha reprogramada no asistió el abogado defensor de confianza, razón por la que la Sala hizo el apercibimiento de designar abogado de oficio, aplicando así el criterio establecido en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

Posteriormente el proceso en segunda instancia ha seguido su curso con el mismo abogado. Consideramos que el Colegiado Superior no ha podido tomar mejor decisión que declarar la nulidad la resolución que contenía la inadmisibilidad y es que el proceso ha concluido con una sentencia absolutoria de todos los cargos.

De todo lo expuesto se puede concluir que de no ser por la decisión de los integrantes de la Sala habría existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de un abogado que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o incluso una revocación o anulación, pero luego de un análisis de fondo acerca de la pretensión impugnatoria, como sucedió en el presente caso.

✓ **Segunda Sala de Apelaciones:**



TABLA N° 2: Expediente N° 394-2012 sobre delito de Lesiones Leves agravadas por Violencia Familiar sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años.

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 03/01/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	No he podido comunicarme con mi patrocinado, entiendo que ha podido salir de la ciudad por las fiestas y solamente me han encargado estar en esta audiencia... El recurso impugnatorio sólo se ha interpuesto en el extremo de la reparación civil...
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: El Colegiado ha advertido que a esta audiencia no ha concurrido el imputado..., señalando su abogado defensor que no ha tomado contacto con el indicado pese a que sabía que para el dieciocho de diciembre del año dos mil trece se les había reprogramado la audiencia y debía concurrir a la presente audiencia, siendo ésta la segunda oportunidad.</p> <p>SEGUNDO: El artículo 423 del Código Procesal Penal inciso 3 establece que cuando no concurre a la audiencia de apelación de sentencia el impugnante, se declara inadmisibile el recurso correspondiente.</p> <p>TERCERO: Habiéndose señalado en la presente audiencia que el imputado... conoce de la presente audiencia y pese a ello no existe justificación válida de su incomparecencia a esta audiencia, debe procederse a la aplicación de la norma señalada.</p> <p>CUARTO: En tal virtud siendo también apelante la agraviada... únicamente debe continuarse esta audiencia con respecto a la apelación formulada por dicha parte en tanto se encuentra presente en esta audiencia.</p> <p>RESUELVE: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación formulado por el imputado... contra la sentencia condenatoria emitida en este proceso en el extremo de la apelación formulada contra la reparación civil</p>



	impuesta en su contra...
	ABOGADO DE LA PARTE IMPUTADA SE ENCUENTRA CONFORME.
	LA PARTE AGRAVIADA SE DESISTE DE SU RECURSO IMPUGNATORIO.
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
X	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	03/01/2014:... DECLARAR CONSENTIDA la sentencia condenatoria emitida en primera instancia en todos sus extremos.
Ejecución	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 30/01/2014:... conforme a los actuados del mismo remítase los autos al Juzgado de Investigación Preparatoria para su EJECUCIÓN. ✓ 23/03/2014: AUTO DE INGRESO A EJECUCIÓN DE SENTENCIA:... REQUIÉRASE al sentenciado... para que cumpla con las reglas de conducta impuestas...

Elaboración propia.

Análisis:

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia fue interpuesto por la defensa del ya sentenciado en primera instancia, el mismo que fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3, por el delito de Lesiones Leves Agravadas por Violencia Familiar, no olvidemos que este recurso ya fue admitido pues de otra forma no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la realización de la mencionada audiencia no asistió el imputado recurrente, estando presente sin embargo, su abogado defensor, el mismo que ante la pregunta por parte del presidente de la Sala del motivo de dicha ausencia, mencionó que no ha podido comunicarse con su patrocinado y que sólo se encuentra a cargo de proceso.

Queda en evidencia que con las explicaciones brindadas por el abogado defensor no se ha respetado la esencia del deber profesional, tal como lo indica el artículo 5° del Código de Ética del Abogado pues no se ha defendido los derechos del patrocinado, menos aún se ha interpuesto en el acto el recurso de reposición⁴⁵ que correspondería para lograr que se declare fundada la apelación-aún se trate sólo respecto al extremo de la reparación civil y claro está, no deja de ser importante ya que su cumplimiento podría constituir una regla de conducta al tratarse el presente caso de una pena suspendida- por estar presente y para garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Por el contrario se quedó conforme con la decisión, actuar que contraviene el deber del abogado de defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, prescrito en el artículo 27° del Código de Ética del Colegio de Abogados del Perú. Tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no es de importancia para la defensa.

Por otro lado, no existe pronunciamiento alguno del representante del Ministerio Público, lo que resulta cuestionable pues este organismo debió adecuar su pronunciamiento a los criterios establecidos en la sentencia N° 2964-2011-HC/TC en el sentido de que para

⁴⁵**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



la realización de la audiencia de apelación no es necesaria la presencia del imputado, basta la de su abogado defensor, además debió actuar conforme la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que rige sus funciones, de la misma forma no actuó con objetividad, en tanto no veló por el cumplimiento de los derechos del imputado, en el caso concreto el derecho a la pluralidad de instancias.

Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

No consta observación alguna de la parte agraviada.

El Colegiado Superior declaró la inadmisibilidad del recurso, esto en aplicación irrestricta del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada. Decisión adoptada sin considerar lo expuesto en la sentencia recaída en el expediente N° 2964-2011-HC/TC, la misma que dándole una salvedad a la disposición contenida en el artículo 423. 3 indica que: “solo se declarará inadmisibile el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación”. Todo lo expuesto constituye un error, pues no cumple su rol garantista, de lo contrario tendría que haber decidido por seguir la audiencia sólo con la presencia del abogado defensor y no dar por consentida la sentencia de primera instancia.

Posteriormente el proceso en segunda instancia ha seguido su curso y sólo respecto a la pretensión de la parte agraviada quien posteriormente desistió del recurso que interpuso. Finalmente se emitió el auto de ingreso a ejecución de sentencia sin ningún pronunciamiento de fondo.

De todo lo expuesto se puede concluir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por



falta de alguien que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o incluso una revocación o anulación, pero luego de un análisis de fondo acerca de la pretensión impugnatoria. Es preciso advertir además que, a pesar de haber estado presente el abogado defensor, no se ha garantizado el derecho de defensa, pues se le ha impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.



TABLA N° 3: Expediente N° 1242-2012 sobre delito de Estafa genérica sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años.

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 25/06/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	La Fiscalía solicita la aplicación del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal al haberse advertido la incomparecencia del apelante.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	<p>El abogado encargado de la defensa de... fue mi colega... quien a la fecha se encuentra laborando como representante del Ministerio Público en... el caso se me ha asignado recién, hago defensa a partir de la fecha sin embargo antes de iniciar esta audiencia he tratado de comunicarme con... y no he logrado comunicarme con él para ratificarme en la persistencia de la apelación, motivo por el cual solicito a su despacho se suspenda esta audiencia por cuanto la defensa trataré de comunicarme con... a fin de que pueda conversar con él porque no ha venido a la defensoría, no lo conocemos...</p> <p>Al amparo de su derecho de defensa reitero mi petición de comunicarme con el imputado a fin de que pueda tener una versión directa de él respecto de si continua o persiste en la apelación... debido a que es uno de los derechos que le asiste.</p>
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: El artículo 423 del Código Procesal Penal regula el emplazamiento para la audiencia de apelación. El inciso 2 de la norma procesal invocada refiere que es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado recurrente así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuera interpuesta por el fiscal. El inciso 3 del artículo mencionado refiere si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso, de igual manera se procederá si no concurre el fiscal recurrente.</p> <p>SEGUNDO: Conforme se ha dispuesto en la parte expositiva de la presente resolución, estando a los informes del especialista de audio se tiene</p>



	<p>acreditado que el sentenciado... ha sido debidamente notificado por lo que es de aplicación la norma contenida en el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal.</p> <p>Resuelve: DECLARAR INADMISIBLE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el sentenciado... debiendo de procederse a la devolución de los autos al juzgado de origen para la ejecución de la sentencia condenatoria conforme a ley.</p> <p>ABOGADA DEFENSORA SE RESERVA.</p>
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
X	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	<p>23/07/2014:... conforme al estado del proceso declárese CONSENTIDA la sentencia de fecha... y para su ejecución remítase al Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponde...</p>
Ejecución	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 23/07/2014:... para su ejecución remítase al Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponde... ✓ 08/08/2014: AUTO QUE INICIA EJECUCIÓN DE SENTENCIA:... REQUIÉRASE al sentenciado... cumpla con las reglas de conducta impuestas en la Sentencia...

Elaboración propia.

Análisis:

Del cuadro precedente se puede apreciar que el recurso de apelación de sentencia fue interpuesto por la defensa del ya sentenciado en primera instancia ante la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Cusco, el mismo que fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3, por el delito de Estafa Genérica, cabe resaltar que este recurso ya fue declarado admisible pues de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

No obstante, a dicha audiencia programada, no asistió el imputado recurrente, estando presente sin embargo, su abogada defensora, la misma que ante la pregunta por parte del presidente de la Sala del motivo de dicha ausencia, mencionó que el caso estaba a cargo de otro defensor público y que además ha intentado comunicarse con su patrocinado sin resultado alguno, alega también que no lo conoce. No obstante a pesar de todas las inconveniencias que se presentaron pide en mérito del derecho de defensa tener la oportunidad de comunicarse con el apelante, petición evidentemente denegada. Pese a que la defensa ha intentado actuar de manera diligente a efectos de garantizar el derecho de defensa y la pluralidad de instancias, no se han agotado todos los mecanismos en defensa de los derechos del imputado pues no ha sido interpuesto en el acto el recurso de reposición⁴⁶ que correspondería para lograr se declare admisible la apelación ya que sólo basta su presencia para llevar adelante la audiencia, sobre todo si consideramos que el caso recién le ha sido asignado. Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no es de importancia para la defensa.

Por otro lado, el representante del Ministerio Público solicitó la aplicación del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, es decir, la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto. Resulta claro que este organismo no actuó conforme a los principios que rigen su función, como el de objetividad en tanto no ha velado por la defensa de los derechos del imputado, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones a fin de garantizar en este caso el principio de pluralidad de instancias. De

⁴⁶**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



manera adicional, el representante del Ministerio Público ha evadido claramente lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2964-2011-HC/TC. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

No consta observación alguna de la parte agraviada.

El Colegiado Superior declaró la inadmisibilidad del recurso, en aplicación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada. Decisión adoptada sin considerar lo expuesto en la sentencia recaída en el expediente N° 2964-2011-HC/TC, la misma que dándole una salvedad a la disposición contenida en el artículo 423. 3 indica que: “solo se declarará inadmisibile el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación”. Todo lo expuesto constituye un error, pues en cumplimiento de las directrices del sistema procesal penal que nos rige y en mérito a lo expuesto por el Tribunal Constitucional debió dejar que la defensora oralice el recurso de apelación, de forma que el recurso interpuesto alcance su eficacia.

Siendo esta la situación se declaró consentida la sentencia de primera instancia sin existir un pronunciamiento del órgano superior respecto a la pretensión del imputado y pasó a la etapa de ejecución.

De todo lo expuesto se puede concluir que ha existido una clara restricción del derecho de pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de alguien que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o inclusive una revocación o anulación, pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria.



Es preciso advertir además que, a pesar de haber estado presente el abogado defensor, no se ha garantizado el derecho de defensa, pues se le ha impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

4.2. Inasistencia del imputado y su abogado defensor a la audiencia de apelación de sentencia

En esta parte contrastaremos los resultados con la cuarta y quinta hipótesis específicas, siendo preciso señalar que también se traerá a colación la primera hipótesis pues está referida a la aplicación del principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancia:

Hipótesis Específica 1: En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Hipótesis Específica 4: En las Salas Penales de Apelación de Cusco se inaplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Hipótesis específica 5: En las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

✓ Primera Sala Penal de Apelaciones:



TABLA N° 4: Expediente N° 171-2011 sobre delito de Adulteración de Documento Privado y Apropiación Ilícita sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años y delito de Adulteración de Documento Privado sancionado con 2 años suspendida por el mismo plazo

Audiencia de apelación de sentencia penal absolutoria y condenatoria de fecha 18/06/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	... en aplicación estricta del numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal que norma el emplazamiento para la audiencia de apelación tenemos que si el acusado recurrente no concurre y tampoco lo hacen sus abogados, la consecuencia jurídica es declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto, en tal sentido esta Fiscalía Superior solicita se declare la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por los sentenciados... y...
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	En la misma petición me aúno a lo dicho por el Ministerio Público ya que esto no es la primera vez, siempre ha sido costumbre incluso en la primera instancia.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: El especialista de audio informa que los imputados y sus abogados defensores han sido debidamente notificados para la realización de la presente audiencia, este hecho se le ha corrido traslado al señor fiscal superior y a la abogada de la parte agraviada quienes han manifestado de que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 423 numeral 3 del Código Procesal Penal se declare inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por los imputados.</p> <p>SEGUNDO: Es importante señalar conforme lo ha informado el especialista de audio que en el presente caso para la realización de la presente audiencia los apelantes son el Ministerio Público y abogado de los imputados, por lo que con fines de que la presente audiencia se realice válidamente con participación de ambas partes o en todo caso también concorra los abogados defensores de los imputados, en caso de que éstos últimos no concurren es necesario reprogramar la realización de la presente audiencia con fines de realizar válidamente su realización y no viciar de nulidad y a fin de garantizar también su derecho de defensa de los imputados y respecto a la petición del señor fiscal superior se debe reservar en este caso para su pronunciamiento en la próxima audiencia ya con participación de los abogados y de sus abogados defensores.</p> <p>Por estos fundamentos, el Colegiado... resuelve: Primero.- Reprogramar la realización de la presente audiencia de apelación de sentencia absolutoria y condenatoria para el día... con participación</p>



obligatoria del señor representante del Ministerio Público así como de los imputados y abogados defensores así como de la abogada de la parte agraviada... Segundo.- En caso de que inconcurran los imputados así como sus abogados defensores se resolverá respecto al pedido del recurso de inadmisibilidad propuesto por el representante del Ministerio Público. Tercero.- Igualmente en caso de que inconcurran los abogados defensores de los imputados se les debe de designar el abogado defensor público debiendo en todo caso cursarse el respectivo oficio...

Se integra la resolución... en el sentido de que la presente causa se trata de una sentencia en un extremo absolutoria y en el otro extremo condenatoria de tal manera que si en esta audiencia el Colegiado se pronuncia por la inadmisibilidad del recurso de apelación solicitado por el Ministerio Público igual tendría que suspenderse esta audiencia en vista de que quedaría pendiente el recurso de apelación formulado por dicha institución y estando a que no se encuentran presentes los abogados defensores debería nombrarse su defensor público por lo que también cabría la suspensión de la audiencia por tal motivo, en tal sentido para ser viable esta audiencia y a efectos de garantizar la presencia de las partes concurrentes a la sesiones de audiencia referidas a ambos extremos es que este Colegiado toma la decisión de la reprogramación reservando la emisión de la resolución sobre la inadmisibilidad del recurso para la siguiente sesión, igualmente debe establecerse a que no habiendo concurrido el defensor de los imputados se les nombre defensor público a fin de garantizar su presencia y defensa para la próxima sesión de audiencia, en ese sentido entonces se va a suspender la presente audiencia para ser continuada en la fecha señalada... y se dispone además que se oficie a la defensoría pública a fin de que nombre defensor público que defienda los intereses de los imputados.

Presentación de recurso de reposición

18/06/2014: El **Fiscal Superior** interpone recurso de reposición indicando: A la luz de lo dispuesto por el artículo 415 del Código Procesal Penal esta fiscalía superior solicita reponer esta resolución, toda vez de que hemos tenido un caso similar el día de hoy en otra Sala Penal, en la cual se ha interpretado que la consecuencia jurídica al no estar presente en esta audiencia habiendo sido válidamente notificada la parte apelante es pues la INADMISIBILIDAD, es la única consecuencia jurídica válida que pues, es posible ante su inconcurrencia, otra cosa es que el Ministerio Público persista dentro de su apelación y se re programe su pretensión impugnatoria más entendemos que no hay razón jurídica para que no se aplique esta norma declarando la inadmisibilidad del recurso de apelación y en tal sentido interpretarlo de otra forma señores jueces superiores en realidad ya trasciende pues lo que está estrictamente establecido en la norma legal. Con ese argumento solicitamos reponer la resolución dictada y en todo caso resolver respecto de la inadmisibilidad de la apelación presentada por la parte imputada.



Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: El señor fiscal superior interpone el recurso de reposición en contra de la resolución... emitida en esta audiencia bajo el fundamento de que los imputados ni sus abogados defensores han concurrido a la presente audiencia y en aplicación del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal debe declararse inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por los imputados.</p> <p>SEGUNDO: Conforme el señor fiscal superior también ha aclarado que en el presente caso se trata de un concurso real de delitos, es decir el recurso de apelación no depende del otro recurso de apelación, siendo ello así los imputados han interpuesto recurso de apelación en contra del extremo que les condena por los delitos de falsificación de documento público así como por el delito de apropiación ilícita en agravio de... mientras el Ministerio Público ha interpuesto el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria por el delito de hurto agravado...</p> <p>TERCERO: Como se puede ver, los extremos apelados son distintos, que no guardan dependencia y más aún de que el señor fiscal superior ha precisado que se trata de concurso real de delitos.</p> <p>CUARTO: Siendo ello así los imputados y sus abogados defensores a pesar de estar debidamente notificados para esta audiencia no han concurrido por lo que en aplicación del artículo 423.3 del Código Procesal Penal debe declararse INADMISIBLE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los imputados en contra del extremo condenatorio, más aún de que los imputados ni sus abogados defensores han presentado escrito alguno que justifique su incomparecencia a esta audiencia... se declara CONSENTIDA la sentencia recurrida...</p>
Aclaración de la Sala Penal de Apelaciones	04/07/2014:... la aclaración radica en que únicamente la audiencia debe continuar en este proceso contra... y... respecto de la sentencia absolutoria apelada por el representante del Ministerio Público.
Sentencia de Vista	
<p>2.8... los acusados fueron condenados como coautores de la comisión del delito de adulteración de documento privado; además el acusado... fue condenado como autor del delito de apropiación ilícita...</p> <p>3.- DECISIÓN: CONFIRMAR la sentencia contenida en la resolución N°... en el extremo que FALLA: ABSOLVIENDO a los imputados... y... de la acusación fiscal por el delito contra el patrimonio, en su modalidad de hurto, sub tipo hurto agravado...</p>	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	18/06/2014: ... se declara CONSENTIDA la sentencia recurrida...
Ejecución	X

Elaboración propia.

Análisis:

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por la defensa de los ya sentenciados en primera instancia ante la Primera Sala Penal de Apelaciones de Cusco, los mismos que fueron condenados a pena privativa de libertad, uno de ellos a 4 años suspendida en su ejecución por el plazo de 3 y otro a 2 años suspendida en su ejecución por el mismo plazo, el primero por los delitos de Adulteración de Documento Privado y Apropriación Ilícita, y el segundo por el delito de Adulteración de Documento Privado, cabe resaltar que estos recursos ya fueron admitidos puesto que de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, dichos recurrentes no asistieron, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

Razón por la que el representante del Ministerio Público solicitó se aplique lo dispuesto por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, esto es la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencias. Solicitud que es respaldada por la defensa de la parte agraviada argumentando que la inasistencia es una costumbre.

El Colegiado Superior sin embargo, decide en un primer momento reprogramar la audiencia para no viciar de nulidad el proceso y a fin de garantizar el derecho de defensa de los imputados, advirtiendo no obstante que en caso de inconcurrencia a la audiencia reprogramada se resolverá conforme a los alcances del artículo 423, y en aras de no dejar en la indefensión a los imputados se designará abogado de oficio, decisión que respeta el sistema procesal penal peruano.

Ante la resolución narrada con anterioridad, el representante del Ministerio Público interpone recurso de reposición, señalando que ese mismo día ocurrió una situación similar y que la única decisión que asumió la otra sala fue la de declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación, por lo que solicita se resuelva del mismo modo. Es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad por lo que tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones a fin de garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias.



La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, esto en aplicación irrestricta del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada, se puede observar también que no hace referencia al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC, por lo que no se pronuncia respecto a la inasistencia del abogado defensor. Todo lo expuesto constituye un error, pues a pesar de que en un primer momento quiso garantizar el derecho de defensa de los imputados apelantes revocó su decisión por un pedido expreso del representante del Ministerio Público, incumpliendo así su rol garantista, ya que tendría que haber decidido conforme al criterio expuesto en su primera resolución y de la misma forma debió asignar defensor de oficio conforme al artículo 85° del Código Procesal Penal a fin de no dejar en indefensión a los imputados recurrentes.

Posteriormente el proceso en segunda instancia ha seguido su curso y sólo respecto a la pretensión del fiscal, es decir respecto a la sentencia absolutoria por el delito de hurto agravado. Concluyendo con una sentencia de vista confirmando lo resuelto por el órgano inferior.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor no ha estado conforme a los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de sus patrocinados y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, porque en todo caso habría tenido que interponer el recurso de reposición⁴⁷ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación para garantizar la pluralidad de instancias y defensa de los que han confiado en su labor. No obstante lo señalado con anterioridad, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos con anterioridad, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no es de importancia para la defensa.

⁴⁷**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



Además podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de alguien que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria. Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del Ministerio Público en cumplimiento del rol encomendado en el sistema procesal penal. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que a pesar de la primera intención de los integrantes de la Sala, no se ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido contar con la asistencia de un abogado que sustente la pretensión impugnatoria, en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese sentido se ha debido reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público.

El derecho en mención también ha sido afectado ya que los imputados a través de su defensa han sido impedidos de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.



TABLA N° 5: Expediente N° 1144-2010 sobre delito de Peculado Doloso por Apropiación sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años y con 3 años suspendida por 2 años correspondientemente.

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 15/07/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	Estando al informe efectuado por el asistente y habiendo sido válidamente notificado el sentenciado... el Ministerio Público solicita que en aplicación del artículo 423 numeral 3... por estas razones el Ministerio Público ante la inasistencia e injustificación de la misma solicito que se declare inadmisibile el recurso interpuesto.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: ... obra el escrito de apelación del imputado... contra la sentencia que lo condena y que le ha sido notificado. Impugnación que fue admitida mediante... razón por la cual ha sido elevado a esta instancia y se le ha dado el trámite correspondiente.</p> <p>SEGUNDO: El artículo 423 del Código Procesal Penal en su inciso tercero señala: si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso...</p> <p>TERCERO: En la presente causa el especialista de audio no ha dado cuenta de alguna petición o justificación formulada por la defensa de... para su incomparecencia a la presente audiencia.</p> <p>CUARTO: En consecuencia es de aplicación lo establecido en la normativa precedentemente señalada por lo que el Colegiado debe declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto, conforme también se tiene de los alcances de las sentencias constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional respecto de la concurrencia de la parte apelante a la audiencia de apelación.</p>



	Resuelve: Primero: DECLARAR LA INADMISIBILIDAD del recurso de apelación formulado por... contra la sentencia condenatoria en la presente causa... Segundo: Disponer la continuación de la audiencia únicamente con relación a la coimputada... Tercero: Dar POR CONSENTIDA LA SENTENCIA contra...
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
2.- Apelan los sentenciados... y... En audiencia de apelación se ha declarado inadmisibile la apelación formulada por el imputado...	
RESUELVE:	
<ol style="list-style-type: none"> 1. DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación formulado por la defensa de la imputada... 2. CONFIRMAR la sentencia contenida en... que condena al acusado... como autor y a la acusada... como cómplice primaria del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos, sub tipo peculado doloso por apropiación... 3. DEVOLVER la causal Juzgado de origen para su ejecución. 	
Presentación de recurso de casación	
21/08/2014: Se da cuenta de un escrito presentado por la defensa de la imputada... por el que interpone recurso de casación...	
Consentimiento	15/07/2014:... Tercero: Dar POR CONSENTIDA LA SENTENCIA contra...
Ejecución	X

Elaboración propia.

**Análisis:**

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por la defensa de los dos sentenciados en primera instancia, los mismos que fueron condenados a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 y 3 años suspendida en su ejecución el plazo de 2, por el delito de Peculado Doloso, recordemos una vez más que este recurso fue admitido -y la misma Sala Superior lo reconoce en uno de los fundamentos de su resolución- pues de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, uno de los recurrentes (el sentenciado como autor del delito) no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

Razón por la que el representante del Ministerio Público solicitó se aplique lo dispuesto por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, esto es la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencias, pese a no estar estipulado en dicho artículo la declaración de inadmisibilidad por inasistencia del abogado defensor. Es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad por lo que tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones a fin de garantizar en este caso los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

No constando pronunciamiento alguno por parte de la defensa del agraviado.

La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, en aplicación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada. Aunado a ello, tomó en cuenta la interpretación errónea que efectuó el Tribunal Constitucional del artículo en mención, vale decir, el criterio establecido en la sentencia emitida en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC, es decir, la declaración de inadmisibilidad ante la incomparecencia tanto del imputado como su abogado. Todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado

designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un concedor de derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público. Finalmente da por consentida la resolución impugnada.

Posteriormente el proceso en segunda instancia ha seguido su curso y sólo respecto a la pretensión impugnatoria de la otra imputada –no debemos perder de vista que son dos los apelantes-. Concluyendo con una sentencia de vista, la misma que declara infundado el recurso de apelación presentado por la defensa de la imputada que continuó en el proceso de segunda instancia y confirmó lo resuelto por el órgano inferior. También se puede apreciar que se interpone un recurso de casación pero no de parte de la defensa del imputado al que le declaran inadmisibile el recurso.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor del imputado recurrente no ha estado conforme a los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, porque en todo caso habría tenido que interponer el recurso de reposición⁴⁸ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación a fin de garantizar los derechos de pluralidad de instancias y defensa del que ha confiado en su labor como profesional. No obstante lo señalado con anterioridad, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos con anterioridad, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no genera interés en la defensa.

Además podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de

⁴⁸**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



alguien que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso pues se da por consentida- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación e incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria del imputado. Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del Ministerio Público en observancia del debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que no se ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido siquiera contar con la asistencia de un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria.

De la misma forma el derecho en mención también ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.



TABLA N° 6: Expediente N° 1671-2012 sobre delito de Actos contra el pudor en menor de edad sancionado con 10 años de pena privativa de libertad

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 16/07/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	En atención de que se ha dado lectura de que efectivamente el abogado de la defensa ha sido notificado para el acto de hoy día considero que la Sala debe proceder conforme a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: Que el artículo 423 inciso 2 del Código Procesal Penal precisa que es obligatoria en esta instancia la asistencia del fiscal y del imputado recurrente así como todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el fiscal, en el inciso 3 se precisa que si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso.</p> <p>SEGUNDO: En el presente caso se tiene que el apelante es el sentenciado... a pena efectiva de 10 años de pena privativa de la libertad conforme lo indicó el asistente de audio, no obstante ello esa condena todavía no se está ejecutando por no haberse hecho presente el referido imputado a la respectiva diligencia de lectura de sentencia, de igual modo el día de hoy no ha concurrido a la presente audiencia no existiendo tampoco justificación válida respecto a la inasistencia que se constata de su abogado...</p> <p>TERCERO: Que las notificaciones realizadas para la presente diligencia han sido realizadas en su debida oportunidad... en ese entender corresponde aplicar el dispositivo legal citado e invocado por la representante del Ministerio Público con la finalidad de declarar la inadmisibilidad del recurso.</p> <p>Se resuelve: Declarar INADMISIBLE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el sentenciado... contra la sentencia que se le dictó en el proceso seguido</p>



	por actos contra el pudor en menores en consecuencia se declara CONSENTIDA dicha sentencia y se dispone la devolución del expediente al juzgado de origen para los fines consiguientes...
Presentación de recurso de reposición	
<ul style="list-style-type: none"> ✓ 31/07/2014: Se da cuenta de un escrito presentado por el abogado... en representación del imputado... quien interpone recurso de reposición contra la resolución que declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto. ✓ Argumentos del recurso: El abogado... refiere no haber recibido ninguna notificación que contenga el auto que señala día y hora para la audiencia de ley. 	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	<p>01/09/2014:... CUARTO:... se han recabado los informes... del personal de notificaciones y del personal asistente de esta Superior Sala; del primero de ellos se desprende que la cédula de fojas... que cita a audiencia, fue dejada por debajo de la puerta del domicilio procesal del abogado..., adjuntándose para el efecto un croquis para corroborar que el referido personal cumplió con apersonarse al domicilio señalado y practicar la diligencia de notificación; ello se corrobora con el segundo informe, de manera que la notificación practicada se ha realizado con arreglo a ley.</p> <p>SE RESUELVE DECLARAR INFUNDADO el recurso de REPOSICIÓN interpuesto por la defensa del sentenciado...</p>
Sentencia de Vista	
X	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	16/07/2014:... en consecuencia se declara CONSENTIDA dicha sentencia y se dispone la devolución del expediente al juzgado de origen para los fines consiguientes...
Ejecución	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 16/09/2014:... conforme a su estado para fines de ejecución remítase los autos al Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponda con la respectiva nota de atención. ✓ 17/09/2014: Se gira oficio al Jefe del establecimiento penal de Quencoro a fin de que se realicen todas las diligencias para que el sentenciado sea sometido a un tratamiento terapéutico...

Elaboración propia.

**Análisis:**

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por la defensa del sentenciado en primera instancia, el mismo que fue condenado a 10 años de pena privativa de libertad por el delito de Actos contra el Pudor en Menor de Edad, recordemos una vez más que este recurso fue admitido con anterioridad por escrito pues, de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, dicho recurrente no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

En mérito a esto el representante del Ministerio Público solicitó se aplique lo dispuesto por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, es decir la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencias. Es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad por lo que tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones a fin de garantizar en este caso los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

No constando pronunciamiento alguno por parte de la defensa del agraviado.

La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, en aplicación irrestricta del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada, recordemos, el artículo no menciona nada acerca de la inasistencia del abogado. Todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un conecedor de derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público. Finalmente da por consentida la resolución impugnada.



Cabe resaltar que se trata de una sentencia de 10 años, es decir se ha consentido ésta sin realizar un previo análisis de los fundamentos de hecho y de derecho.

Posteriormente el abogado defensor del imputado presenta un recurso de reposición⁴⁹ contra la resolución en la que se declara inadmisibles las apelaciones argumentando no haber recibido ninguna notificación para el emplazamiento de la audiencia. Ante tal circunstancia la Sala analiza el pedido del abogado defensor y resuelve declarando infundado el recurso interpuesto por considerar que dicha notificación si se ha realizado de forma correcta.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado no ha estado conforme a los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, y esta situación está convalidada ya que al ser evidente su actuar tan irresponsable y a pesar de querer resarcir el error cometido mediante el recurso de reposición presentado ha sido demostrado que –en este caso- la notificación si fue válida, impidiendo de esta forma que el verdadero interesado en apelar, es decir el condenado a 10 años, lo haga.

Se debe resaltar que en la Sala Penal se ha dado mayor importancia a la justificación presentada por el abogado frente a la situación del condenado, sobre el que recae una pena privativa de libertad de 10 años, que no será revisada por causas ajenas a su voluntad, pues fue el abogado el que no actúa de manera diligente.

No obstante lo señalado con anterioridad, pese a ser la reposición una probable salvaguarda no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85. 2 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no es de importancia para la defensa.

⁴⁹**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



En conclusión podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de alguien que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria del imputado. Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del Ministerio Público en observancia del debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que no se ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido siquiera contar con la asistencia de un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria.

De la misma forma el derecho en mención también ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.

✓ **Segunda Sala Penal de Apelaciones:**



TABLA N° 7: Expediente N° 1471-2011 sobre delito de Uso de Documento Falso sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años, así como 300 días multa.

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 03/03/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	Señores jueces superiores creo que hemos advertido de que la otra parte ha sido debidamente notificada y ha debido de estar acá, consiguientemente la Sala debe de resolver conforme corresponda en el caso concreto.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	No existe pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	Oído el informe del asistente de audio y la opinión del señor fiscal, considerando: Que el sentenciado... no ha concurrido a esta audiencia pese a encontrarse debidamente notificado, igualmente no ha presentado justificación alguna y habiéndosele condenado a pena privativa de libertad suspendida y no existiendo razón alguna legalmente amparada de su inasistencia es viable desestimar la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia.
	Se resuelve DECLARAR INADMISIBLE LA APELACIÓN interpuesta por la defensa técnica del imputado... contra la sentencia condenatoria advertida y en tal virtud ordenaron que este proceso retorne al juzgado de origen para fines de la ejecución de la sentencia.
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
X	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	23/05/2014: ... habiéndose declarado inadmisibile el recurso de apelación, declárese CONSENTIDA LA SENTENCIA CONDENATORIA...
Ejecución	26/05/2014: ... habiéndose declarado consentida la sentencia condenatoria que obra en autos, remítase al Juzgado de Investigación Preparatoria de Origen para su correspondiente ejecución...

Elaboración propia.

Análisis:

Del cuadro precedente se aprecia que el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por la defensa del sentenciado en primera instancia, el mismo que fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años además del pago de 300 días multa por el delito de Falsificación de Documentos, cabe resaltar que este recurso ya fue admitido por escrito pues de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, dicho recurrente no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

Razón por la que el representante del Ministerio Público solicitó se resuelva conforme corresponda, es decir se aplique lo dispuesto por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal-inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencias- sin tomar en cuenta que dicho artículo sólo hace referencia a la inasistencia del imputado, no del abogado. Es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad por lo que tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones para así garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

No constando pronunciamiento alguno por parte de la defensa del agraviado.

La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, esto en aplicación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada. Todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un conocedor de derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público, además no debió avalar la irresponsabilidad del abogado defensor. Es



más, la Sala ha hecho referencia sólo a la inasistencia del imputado desconociendo por absoluto lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC, en ese sentido ya no debería de existir pronunciamiento respecto a la presencia del imputado porque el máximo intérprete de la Constitución ya ha convalidado la no obligatoriedad de la concurrencia de éste.

Finalmente da por consentida la resolución impugnada, es decir la sentencia condenatoria de primera instancia y pasa sin más a ejecución.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor no ha sido conforme los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, porque en todo caso habría tenido que interponer el recurso de reposición⁵⁰ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación a fin de garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias del que ha confiado en su labor. No obstante lo señalado con anterioridad, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no genera interés en la defensa.

Ahora bien, podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho de pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de alguien que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso pues fue declarada consentida- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación e incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria. Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del

⁵⁰**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



Ministerio Público en observancia del debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que no se ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido por lo menos contar con la asistencia de un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria.

De la misma forma el derecho en mención también ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.



TABLA N° 8: Expediente N° 124-2013 sobre delito de Sustracción de Menor sancionado con reserva de fallo condenatorio con periodo de prueba de 1 año

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 19/05/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	Es una sentencia con fallo reservatorio, quien habla solicitaría en este caso que se vuelva a notificar nuevamente a la parte recurrente.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Señor presidente teniendo en consideración los fundamentos expuestos por el representante del Ministerio Público conforme con esos fundamentos.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	Con la resolución que se señala fecha para la audiencia del día de hoy ha sido notificado con la anticipación procesal correspondiente al domicilio procesal del único apelante, en este caso el sentenciado... el día de hoy no se ha hecho presente tanto el imputado como su abogado defensor ni ha presentado alguna justificación legal, por consiguiente siendo obligatoria la presencia del impugnante a la audiencia de segunda instancia es de aplicación lo dispuesto por la norma procesal y en efectividad de la sanción establecida en esa norma.
	Se resuelve declarar INADMISIBLE la apelación interpuesta por... en la forma establecida por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal y ordenaron que el presente proceso vuelva al juzgado de origen a fin de que se efectúe la etapa de la ejecución de la sentencia...
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	



Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
X	
Presentación de recurso de casación	
No se presenta.	
Consentimiento	09/07/2014: ... conforme a su estado declárese CONSENTIDA dicha sentencia...
Ejecución	✓ 09/07/2014: ... de conformidad a su estado remítase los autos al Juzgado de Investigación Preparatoria de origen para su ejecución, previa devolución de la carpeta fiscal a la Fiscalía de origen, para su ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO. ✓ 15/07/2014: Auto que inicia ejecución de sentencia. Se resuelve: PASAR LOS AUTOS A EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Elaboración propia.

**Análisis:**

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por la defensa del sentenciado en primera instancia, el mismo que fue sancionado con reserva de fallo condenatorio con periodo de prueba de 1 año por el delito de Sustracción de Menor, cabe resaltar que este recurso ya fue admitido por escrito pues de otra forma no se habría convocado a audiencia.

Sin embargo, a la fecha programada para la mencionada audiencia, el imputado recurrente no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

Razón por la que el representante del Ministerio Público solicitó se vuelva a notificar a la parte recurrente, por tratarse de una sentencia con reserva de fallo condenatorio. Podemos deducir entonces que este organismo ha actuado correctamente, respetando el principio de objetividad, ya que ha velado no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, su pronunciamiento de esa forma ha estado conforme a la Constitución y la Ley y ha tenido la intención de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones a fin de garantizar en este caso los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Posición con la que concuerda la defensa de la parte agraviada.

No obstante la Sala Penal declaró la inadmisibilidad del recurso, en aplicación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada, es más los jueces superiores sólo se refieren a la inasistencia del imputado desconociendo por absoluto lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC, en ese sentido ya no debería de existir pronunciamiento respecto a la presencia del imputado porque el máximo intérprete de la Constitución ya ha convalidado la no obligatoriedad de la concurrencia de éste.

Aun así, todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un concedor de



derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público. Es más, la decisión ha sido tomada pese al pedido expreso del Ministerio Público y de la parte agraviada de realizar la notificación nuevamente.

Finalmente se da por consentida la resolución impugnada, es decir la sentencia condenatoria de primera instancia, se ordena el archivamiento definitivo en sede fiscal y se inicia la ejecución.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor no ha respetado lo dispuesto en los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, porque en todo caso habría tenido que interponer el recurso de reposición⁵¹ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación y así garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias del que ha confiado en su labor como profesional. Sin embargo, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos con anterioridad, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no genera interés en la defensa del imputado.

Ahora bien, podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, ya que el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido por escrito, fue sancionado con la inadmisibilidad a falta de un profesional que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación e incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria

⁵¹**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



del imputado. Situación que el representante del Ministerio Público ha intentado garantizar en observancia del debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que la Sala Penal no ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido que el imputado recurrente sea asistido por un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria.

De la misma forma el derecho en mención ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.



TABLA N° 9: Expediente N° 1549-2011 sobre delito de Homicidio Simple sancionado con 12 años de pena privativa de libertad

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 18/06/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	... habiéndose informado por parte de la señorita especialista de audio que la parte apelante ha sido debidamente notificada en su domicilio procesal esta fiscalía superior solicita que en aplicación estricta de lo normado por el Código Procesal Penal respecto a la inconcurrencia de las partes a la audiencia de apelación pues se declare inadmisibile... en todo caso se rechace el recurso de apelación presentado contra la sentencia.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	En efecto señor presidente, el sentenciado... ha sido sentenciado en fecha... sin embargo el señor renuente ya no se hizo presente a la lectura de sentencia... hechas las averiguaciones del caso señor juez, como es capitán ha tomado fuga a poder estar presente en el acto de apelación ante su despacho, por lo que también esta parte ha solicitado se reitere oficio a la INTERPOL porque sabemos por fuentes extraoficiales que el señor... ha podido emigrar fuera de la ciudad. Concuerdo con lo manifestado por el señor fiscal superior que se deje sin efecto la apelación interpuesta por la parte del sentenciado...
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	Para la audiencia de segunda instancia señalada para el día de hoy el imputado y sentenciado... ha sido debidamente notificado en el domicilio procesal con la anticipación de ley y pese a ello no se ha hecho presente a esta sala de audiencias ni tampoco se ha hecho presente el abogado defensor que lo patrocina, por consiguiente siendo una de las partes procesales impugnantes de esta sentencia condenatoria a pena privativa de libertad efectiva es de aplicación lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal al no haberse presentado ninguna justificación de su inasistencia a esta audiencia ni tampoco haber señalado abogado de su libre elección, por tanto siendo esta audiencia inaplazable por esta situación... teniendo en cuenta se aclara que en estos casos es de uso declarar inadmisibile la apelación en ese extremo Se resuelve: DECLARAR INADMSIBLE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el sentenciado... contra la sentencia condenatoria por el delito de homicidio simple... en agravio de... Notificar al sentenciado... en su domicilio real y procesal a fin de que en el plazo de 24 horas nombre abogado de su libre elección bajo apremio de que el Colegiado designe defensor público...



Presentación de recurso de reposición	
<p>✓ 23/06/2014: Se da cuenta de un escrito presentado por la defensa del imputado interponiendo recurso de reposición contra la resolución que declara inadmisibles las apelaciones de sentencia presentada.</p> <p>✓ Argumentos del recurso: La defensa técnica de... establece que su patrocinado no pudo asistir a la audiencia del 18 de junio de 2014 debido a que se encuentra sentenciado a pena privativa de libertad efectiva, situación que justifica su inasistencia. En cambio la abogada... que patrocina a... tampoco pudo concurrir a esa audiencia, al haber sufrido reacción a estrés agudo, siendo trasladada a la clínica...</p>	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	<p>09/07/2014:</p> <p>1.-... la incomparecencia del sentenciado... a la audiencia del 18 de junio de 2014 está legalmente justificada por la preservación del derecho a la libertad personal amenazada por la imposición de la pena privativa de libertad efectiva impuesta... 2.- La inasistencia de la abogada... podía superarse por cuanto ésta pertenece a un estudio jurídico colegiado... las razones de salud esgrimidas no han sido justificadas de manera idónea... Se resuelve declarar INFUNDADO el recurso de reposición interpuesto... por la defensa técnica del imputado...</p>
Sentencia de Vista	
<p>RESUELVE:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. DECLARAR FUNDADO en parte el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público... para que se incremente la reparación civil... 2. DECLARAR IMPROCEDENTE la nulidad de la sentencia en cuanto a la reparación civil deducida por la defensa del acusado. 3. REVOCAR la sentencia apelada... únicamente en la parte que se impone a... por el delito de homicidio simple... el pago de... de reparación civil; y REFORMÁNDOLA en ese extremo se impone a... la obligación de pagar la suma de... 	
Presentación de recurso de casación	
<p>✓ 02/09/2014: Auto relevante Visto el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de... SE RESUELVE: CONCEDER el recurso de casación... contra la sentencia de segunda instancia...</p>	
Consentimiento	X
Ejecución	X

Elaboración propia.

**Análisis:**

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por la defensa del ya sentenciado en primera instancia, el mismo que fue condenado a 12 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de Homicidio Simple, no olvidemos que este recurso ya fue admitido pues de otra forma no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación. Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, dicho recurrente no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

Razón por la que el representante del Ministerio Público solicitó expresamente se aplique lo dispuesto por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, esto es la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencias. Es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad por lo que tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones garantizando así el cumplimiento de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Posición que es apoyada por la defensa de la parte agraviada indicando que el recurrente (imputado) tampoco se hizo presente a la lectura de sentencia.

La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, en aplicación del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada, de lo contrario el recurso será declarado inadmisibile, resaltemos, sólo se refiere a la situación del imputado, no del abogado defensor.

Todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un conocedor de derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público. Resaltemos en este punto que los jueces superiores indican claramente que se trata de una audiencia inaplazable, y si en todo caso fuera así, igual han debido de aplicar lo dispuesto por el artículo 85.1 del



Código Procesal Penal. Finalmente da por consentida la resolución impugnada. Cabe resaltar que se trata de una sentencia de 12 años de pena privativa de libertad efectiva.

Posteriormente la defensa del imputado presenta un recurso de reposición⁵² contra la resolución en la que se declara inadmisibles las apelaciones argumentando que:

- La inasistencia de su patrocinado está debidamente justificada por encontrarse protegiendo su libertad.
- Su inasistencia se ha debido a que el día de la audiencia sufrió una descompensación.

Ante tal circunstancia la Sala analiza el pedido de la defensa y resuelve declarando infundado el recurso de reposición al considerar que:

- La inasistencia del condenado SI está legalmente justificada por preservar su derecho a la libertad.
- Respecto a la inasistencia de la abogada, ésta ha podido superarse, además no ha presentado una justificación idónea.

Aquí, es evidente el error en el que la Sala ha incurrido, pues en audiencia de apelación se dijo que la inasistencia del condenado no estaba justificada desconociendo por absoluto el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC. Se debe resaltar que en la Sala Penal se ha dado mayor importancia a la justificación presentada por la defensa frente a la situación del condenado, sobre el que recae una pena privativa de libertad de 12 años, que no será revisada por causas ajenas a su voluntad, pues fue el abogado defensor el que no actúa de manera diligente.

Posteriormente el proceso en segunda instancia ha seguido su curso y sólo respecto a la pretensión impugnatoria del Ministerio Público (respecto al incremento de la reparación civil). Concluyendo con una sentencia de vista, la misma que declara fundado el recurso de apelación presentado por el Fiscal e improcedente el pedido de nulidad deducido por la defensa técnica del condenado. Figura de la misma forma la interposición de un recurso de casación, el que es concedido.

⁵²**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor no ha estado conforme a los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, y esta situación está convalidada ya que al ser evidente su actuar tan irresponsable y a pesar de querer resarcir el error cometido mediante el recurso de reposición presentado ha sido demostrado que –en este caso- la justificación no fue idónea, impidiendo de esta forma que el verdadero interesado en apelar, es decir el condenado a 12 años, lo haga. No obstante lo señalado con anterioridad, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos con anterioridad, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

En conclusión podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, pues el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de un abogado que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación e incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria del imputado. Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del Ministerio Público en cumplimiento del respeto al debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que no se ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido que el imputado cuente con la asistencia de un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria. Además el derecho en mención también ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.



TABLA N° 10: Expediente N° 1013-2012 sobre delito de Lesiones Graves sancionado con S/. 1 500 nuevos soles de reparación civil.

Audiencia de apelación de sentencia penal absolutoria de fecha 10/09/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	Al tratarse de una sentencia y no concurrir el apelante se declare inadmisibile la petición en aplicación del Acuerdo Plenario N° 1-2012-CJ/116.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Estoy de acuerdo con lo manifestado por el representante del Ministerio Público, debe declararse la inadmisibilidad.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	Que en aplicación de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, la parte apelante de una sentencia que inconcurre de forma injustificada como en el presente caso, es pertinente imponer la sanción consistente en la inadmisibilidad del recurso interpuesto.
	Se resuelve: Declarar inadmisibile la apelación formulada por la defensa técnica de... en relación a la imposición de la reparación civil en la sentencia absolutoria recurrida, en el proceso que se le sigue por el delito de lesiones graves en agravio de..., debiendo procederse conforme a ley en cuanto a la ejecución de los extremos mencionados; y los devolvieron.
Presentación de recurso de reposición	
	No se presenta.
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
	X
Presentación de recurso de casación	
	No se presenta.
Consentimiento	13/10/2014:... corresponde declarar CONSENTIDA en todos sus extremos la sentencia emitida por...
Ejecución	31/10/2014: AUTO QUE INICIA EJECUCIÓN DE SENTENCIA:... REQUIÉRASE a... para que pague la suma de mil quinientos nuevos soles a favor del agraviado...

Elaboración propia.

**Análisis:**

Del cuadro precedente se aprecia que el recurso de apelación de sentencia absolutoria fue interpuesto por la defensa del sancionado en primera instancia ante la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Cusco, el mismo que fue sancionado con S/. 1 500.00 nuevos soles por el delito de Lesiones Graves, cabe resaltar que este recurso ya fue admitido pues de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, dicho recurrente no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

Razón por la que el representante del Ministerio Público solicitó se declare inadmisibile la apelación de sentencia en aplicación del Acuerdo Plenario N° 1-2012-CJ/116. En principio podemos decir el Acuerdo Plenario es citado erróneamente pues éste se refiere a la apelación de autos, lo que evidencia un claro desconocimiento del caso en concreto. De la misma forma es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad en tanto tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones y garantizar de esta forma los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Posición con la que concuerda la defensa de la parte agraviada, avalando el error en el que ha incurrido el Fiscal.

La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, en aplicación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada. Todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un concedor de derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del

imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público. Es más, la Sala ha hecho referencia sólo a la inasistencia del imputado desconociendo por absoluto lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC, en ese sentido ya no debería de existir pronunciamiento respecto a la presencia del imputado porque el máximo intérprete de la Constitución ya ha convalidado la no obligatoriedad de la concurrencia de éste.

Finalmente se da por consentida la resolución impugnada y se inicia la ejecución que corresponde.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor no ha estado conforme a los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, porque en todo caso habría tenido que interponer el recurso de reposición⁵³ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación -aún se trate sólo respecto al extremo de la reparación civil- para garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias del que ha confiado en su labor como profesional. Aun así, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo señalamos con anterioridad, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no genera interés en la defensa.

Ahora bien, podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, pues el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de un profesional que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria del sentenciado.

⁵³**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del Ministerio Público en observancia del debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que la Sala Penal no ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido siquiera contar con la asistencia de un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria.

Además el derecho en mención ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.

✓ **Sala Penal Transitoria de Apelaciones:**



TABLA N° 11: Expediente N° 1391-2011 sobre delito de Uso de documento falso sancionado con 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años al autor y 3 años y 6 meses suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años para el coautor.

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 27/08/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	Estando de conformidad a lo establecido por el artículo 423 del Código Procesal Penal y no habiendo justificado el impugnante su inconcurrencia a esta audiencia, el Ministerio Público solicita se declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto establecido en el inciso 3 del artículo antes mencionado...
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	X
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	<p>PRIMERO: De la revisión de la carpeta se tiene que ha sido impugnada la sentencia dictada contra... y... a quienes se les ha condenado por el delito contra la fe pública en agravio de... y de..., sentencia que ha sido impugnada por ambos habiendo fundamentado el respectivo agravio tanto... como...</p> <p>SEGUNDO: De la información proporcionada por el especialista judicial de audiencia se tiene que el apelante... pese a estar notificado válidamente para que asista a este acto procesal no lo ha hecho consiguientemente debe cobrar vigencia para el caso de autos el artículo 423. 3 del Código Procesal Penal que textualmente dice lo siguiente: “Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso”.</p> <p>Se resuelve declarar INADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado..., contra la sentencia dictada en el presente caso, debiendo CONTINUAR con la secuela de la presente audiencia, únicamente con relación a la impugnación formulada por el sentenciado...</p>
Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	



Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
<p>Primero.-... similar imputación pesó también contra... quien también fue objeto de procesamiento y juzgamiento; sin embargo, pese a que apeló, no asistió a la audiencia de apelación de sentencia, motivo por el cual, por Resolución N°... dictada en la audiencia de fecha 27 de agosto de 2014 se declaró inadmisibles el recurso de apelación formulado, continuándose la secuela del plenario de segundo grado sólo con relación a...</p> <p>RESUELVE:</p> <p>1. CONFIRMAR la sentencia apelada dictada por el A-quo... que condena a... como coautor del Delito contra la Fe Pública, sub tipo Falsificación de Documento Público, en la modalidad de USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO... el pago del monto de la reparación civil es solidario con el ya sentenciado...</p>	
Presentación de recurso de casación	
<p>01/10/2014: AUTOS Y VISTOS el recurso de casación formulado por... DECLARARON IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por... contra la sentencia de vista... DISPUSIERON la devolución del proceso al Juzgado de origen para su inmediata ejecución.</p>	
Consentimiento	<p>08/01/2015:... de la revisión de autos se desprende que la sentencia contenida en... respecto del sentenciado... ha sido objeto de impugnación dentro del plazo legal; sin embargo mediante resolución... emitida en audiencia pública... se resolvió declarar inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado... por lo que corresponde declarar consentida la referida sentencia</p>
Ejecución	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 01/10/2014: DISPUSIERON la devolución del proceso al Juzgado de origen para su inmediata ejecución. ✓ 19/01/2015: AUTO QUE INICIA EJECUCIÓN DE SENTENCIA... se REQUIERE a los sentenciados... y... a fin de que cumplan reglas de conducta...

Elaboración propia.

**Análisis:**

Como se aprecia del cuadro precedente el recurso de apelación de sentencia condenatoria fue interpuesto por los abogados defensores de los dos sentenciados en primera instancia, el autor fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años y el coautor a 3 años y 6 meses suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años por el delito de Falsificación de Documentos, no olvidemos que estos recursos ya fueron admitidos pues de lo contrario no se habría realizado el emplazamiento para la audiencia de apelación.

Sin embargo, a la fecha programada para la audiencia mencionada, el autor de delito y que a la vez es uno de los recurrentes no asistió, y tampoco lo hizo su abogado defensor.

En mérito a esto, el representante del Ministerio Público solicitó se resuelva conforme corresponda, es decir se aplique lo dispuesto por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal-inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencias- por inasistencia injustificada del impugnante. Es preciso resaltar que este organismo debió actuar conforme al principio de objetividad por lo que tiene que velar no sólo por la defensa de la parte agraviada sino por la contraparte también, además su pronunciamiento debió regir únicamente por la Constitución y la Ley a efectos de cumplir el principio de legalidad que preside sus funciones y garantizar así los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Se debe tener en cuenta también que el fiscal ha desconocido lo establecido en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC ya que la inasistencia del imputado recurrente se encuentra convalidada.

No constando pronunciamiento alguno por parte de la defensa del agraviado.

La Sala Penal declaró entonces la inadmisibilidad del recurso, esto en aplicación del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, el mismo que exige la obligatoriedad de la concurrencia del imputado a la audiencia de apelación de sentencia si es el recurrente, a menos que su inasistencia sea justificada, caso contrario se declarará la inadmisibilidad. Todo lo expuesto constituye un error, pues la Sala ha incumplido su rol garantista, por lo que tendría que haber decidido por reprogramar la audiencia a efectos de que el imputado designe otro defensor y de no hacerlo proporcionarle abogado de oficio en mérito al



artículo 85.2 del Código Procesal Penal, en ese entender un conocedor de derecho debe si o si sustentar la pretensión impugnatoria, más aún si consideramos nuestro sistema garantista, ya que los llamados a evitar alguna situación de indefensión del imputado son los jueces y también los representantes del Ministerio Público, además no debió avalar la irresponsabilidad del abogado defensor. Es más, la Sala ha hecho referencia sólo a la inasistencia del imputado desconociendo por absoluto lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC, en ese sentido ya no debería de existir pronunciamiento respecto a la presencia del imputado porque el máximo intérprete de la Constitución ya ha convalidado la no obligatoriedad de la concurrencia de éste. Y ni siquiera ha considerado que los hechos por los que continuará la impugnación son iguales para ambos apelantes por lo que resulta ilógico declarar la inadmisibilidad sólo para uno.

Posteriormente el proceso en segunda instancia ha seguido su curso y sólo respecto a la pretensión impugnatoria del coautor—no debemos perder de vista que son dos los apelantes—. Concluyendo con una sentencia de vista, la misma que confirma lo resuelto por el órgano inferior. También se puede apreciar que se interpone un recurso de casación pero no de parte de la defensa del imputado al que le declaran inadmisibile el recurso.

Finalmente se da por consentida la resolución impugnada por el imputado al que se le declaró inadmisibile el recurso de apelación, es decir la sentencia condenatoria de primera instancia y pasa sin más a ejecución.

De todo lo expuesto se puede concluir que la conducta asumida por el abogado defensor no ha estado conforme a los artículos 5° y 27° del Código de Ética del Abogado ya que no ha defendido los derechos de su patrocinado y menos sus intereses de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional, porque en todo caso habría tenido que interponer el recurso de reposición⁵⁴ que correspondería para lograr se declare fundada la apelación y garantizar así los derechos de defensa y pluralidad de instancias del que ha confiado en su labor. No obstante lo señalado con anterioridad, pese a ser la reposición una probable salvedad no habría sido necesaria presentarla si, como lo

⁵⁴**Artículo 415 Código Procesal Penal:** ...Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.



señalamos, se hubiera aplicado la norma contenida en el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

Sin embargo tampoco consta la interposición de algún otro recurso como el de casación, lo que hace presumir que el presente caso ya no es de importancia para la defensa.

Ahora bien, podemos decir que ha existido una clara restricción del derecho a la pluralidad de instancias, pues el recurso de apelación a pesar de haber sido presentado dentro del plazo y además admitido, fue sancionado con la inadmisibilidad por falta de un abogado defensor que oralice el mismo, imposibilitando así que la sentencia emitida en primera instancia -la que además puso fin al proceso- sea revisada por un órgano superior y en consecuencia obtener una probable confirmación o incluso una revocación o anulación pero luego de un pronunciamiento de fondo acerca de la pretensión impugnatoria. Situación que también ha debido de ser amparada por el representante del Ministerio Público en observancia del debido proceso. Recordemos además que, aunque el fiscal no tiene capacidad jurisdiccional, si puede proponer una sanción, y en mérito al principio de equidad ha debido de ir más allá de lo escrito y buscar justicia para el imputado.

Es preciso advertir asimismo que no se ha garantizado el derecho de defensa, pues no se ha permitido que el imputado cuente con la asistencia de un abogado defensor que sustente la pretensión impugnatoria. Además el derecho en mención ha sido afectado ya que el imputado a través de su defensa ha sido impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer el resguardo de sus derechos e intereses legítimos, y por el contrario se ha declarado consentida la sentencia de primera instancia sin opción de hacer valer las pretensiones que buscan una nueva apreciación, ni presentar sus argumentos ni los elementos de respaldo jurídico que desvirtuarían de ser el caso, los fundamentos de la sentencia emitida por el *A quo*.



5. CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Como se advierte del capítulo precedente, haciendo un contraste entre las hipótesis de trabajo planteadas y los resultados, se puede afirmar que en las tres Salas Penales de Apelación de nuestra ciudad se han declarado inadmisibles diversos recursos de apelación de sentencia vulnerando o restringiendo los derechos de defensa y de pluralidad de instancias.

Es importante resaltar que los derechos en mención se encuentran reconocidos no sólo en la Constitución Política del Perú sino también en tratados internacionales, razón por la que en el desarrollo de un proceso penal deben primar por sobre otros principios tales como el de oralidad o el de contradicción.

De esta forma los llamados a garantizar y observar su correcta aplicación son los jueces ya que son ellos los que ejercen la potestad de administrar justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes. Sin embargo, no son los únicos, los representantes del Ministerio Público también están encargados de actuar con objetividad y verificar que tanto la parte agraviada como el imputado gocen de todas las garantías y derechos reconocidos.

A esto se debe sumar que los abogados defensores son los que deben velar por el cumplimiento de cada uno de los derechos de sus patrocinados y proceder si observan una transgresión a ellos, pero por sobre todo deben ejercerlos de manera diligente en representación de los que han confiado en su labor.

En el marco de lo señalado, se ha observado que en todos los casos analizados los roles que deben asumir tanto el Poder Judicial, el Ministerio Público, así como los abogados defensores no están siendo desempeñados de forma idónea, lo que en la mayoría de los procesos ha permitido que el único perjudicado con cada una de las actuaciones sea el verdadero interesado: el imputado. De manera tal que, al ser declarado inadmisibles sus recursos de apelación se ha quedado con una sentencia consentida y en muchos casos se ha ordenado la ejecución sin mediar un debate propio de una segunda instancia.

Ahora bien, en atención a cada hipótesis específica se puede señalar lo siguiente:

i. *En primer lugar*, al momento de declarar inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias se da prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Para verificar lo señalado, es preciso observar que en la mayoría de los procesos desarrollados parece haber interesado poco o nada que la apelación fue interpuesta dentro del plazo legal y además admitida por escrito, de lo contrario no se habría programado fecha para la audiencia correspondiente, cosa distinta es que no hubo profesional quien sustentara oralmente la misma y en todo caso si lo hubo no se le permitió el uso de la palabra por aplicación literal del inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal.

En este punto es importante recordar que una de las características propias de nuestro sistema es que éste es acusatorio, dicho en otros términos, la persona encargada de la investigación y persecución del delito debe ser distinta a la que asume la función de juzgar, además encontramos un tercer sujeto, la defensa del imputado. En conclusión, los roles asumidos en un proceso penal son distintos y propios de cada función.

Para el correcto funcionamiento de cada rol será necesario un contradictorio, el mismo que es llevado a cabo entre el fiscal y la defensa técnica del imputado. Esto toma vida en las audiencias, razón por la que la oralidad es fundamental. Sin embargo, como ya se ha desarrollado doctrinariamente, nuestro sistema no es sólo acusatorio, es garantista también.



En efecto, será la Constitución Política y los tratados internacionales los que deben ser observados en el desarrollo de cualquier proceso, fundamentalmente en un proceso penal, por estar en juego la libertad o los intereses de una persona en particular. Por ejemplo, el artículo 139 fija ciertos principios que deben ser observados de manera obligatoria para no convertir un proceso en arbitrario y vulneratorio de derechos.

Ahora bien, tomemos en cuenta que en el Código Procesal Penal y respecto al trámite de apelación de sentencias, con el solo escrito no es posible que se resuelva el recurso de apelación planteado, se hace necesario que la parte recurrente acuda a la audiencia a fin de que se escuchen sus argumentos y se promueva el debate, bajo las reglas de la oralidad, inmediación y contradicción, pues con el nuevo modelo procesal, los jueces resuelven previa y con la audiencia y no con el expediente. No obstante, recordemos que el recurso de apelación ya ha sido admitido y pese a que por naturaleza del proceso penal tiene que ser oralizado y debatido, se debe de garantizar precisamente eso, que exista un defensor que lo oralice. Si no existe defensa, no existe oralidad, entonces lo que se debe de garantizar es el derecho de defensa. Pese a ello, en todos los procesos analizados ha primado el principio de oralidad por sobre derechos fundamentales como los de defensa y pluralidad de instancias..

ii. *En segundo lugar*, en las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias aplicando lo dispuesto por el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Ello si se toma en cuenta que en algunos casos, la decisión de declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia es tomada por los magistrados integrantes de las Salas Penales Superiores al realizar una interpretación literal del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, pues dicho artículo indica que la única presencia obligatoria a la audiencia es la del imputado, se observó así que pese a estar presente el abogado defensor no se les ha permitido exponer los argumentos de la apelación.

Sin embargo, se debe advertir que los integrantes de la Primera Sala Penal de Apelaciones consideran con posterioridad que la inasistencia del imputado a la audiencia de apelación no puede generar la inadmisibilidad del recurso, de manera expresa en el



fundamento 5 de la resolución del 11 de julio de 2014 emitida en el proceso N° 01127-2011 puntualizan lo siguiente:

Se debe dejar constancia que el colegiado ha venido aplicando el artículo 423. 3 del Código Procesal Penal haciendo una interpretación literal de la disposición y en tal virtud se ha venido declarando inadmisibles los recursos de apelación cuando el impugnante imputado no concurría a la audiencia de apelación de sentencia. A partir de la fecha y con los argumentos esgrimidos en la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente número 2964-2011-PHC/TC, éste Colegiado varía el criterio y por lo tanto a partir de la fecha asumirá que el resguardo del derecho a la doble instancia prevalece sobre el ordenamiento legal que encausa los recursos impugnatorios.

Es preciso señalar que éste es el único proceso en el que la Sala hace prevalecer la pluralidad de instancias, no debemos perder de vista que son 3 los casos durante el año 2014 en los que en la audiencia si ha estado presente el abogado defensor más no el imputado, y pese a ello no le permitieron oralizar su apelación. Siendo imprescindible resaltar que el proceso en mención sigue su curso en segunda instancia y termina con una sentencia absolutoria, siendo inevitable pensar que todos los demás casos pudieron tener un final similar.

Ahora bien, respecto a estas circunstancias y teniendo claro que en nuestro sistema los roles asumidos son distintos, debemos de resaltar lo siguiente:

- El representante del Ministerio Público no ha actuado conforme al principio de objetividad y esto porque su solicitud en un caso en concreto ha sido poco o nada garantista en relación al imputado. En otro de los casos se ha pedido una nueva notificación y en un último caso no ha existido pronunciamiento alguno, lo que también es erróneo. Los fiscales en estos casos habrían tenido que adecuar su pronunciamiento a fin de que se efectivicen los derechos de defensa y pluralidad de instancias, sin embargo no lo hicieron, lo que ha provocado una restricción a los mencionados derechos.



- Los abogados defensores han actuado de manera inadecuada, ya que habrían podido mencionar al Tribunal Constitucional y su criterio respecto a la no obligatoriedad de la presencia de sus defendidos. Es más, en ningún expediente figura la interposición de algún recurso, como el de reposición, lo que hace presumir que no existe intención de actuar en defensa de los imputados. No se puede perder de vista que en uno de los procesos fueron los magistrados de la Sala quienes emitieron una resolución de oficio posibilitando que la sentencia condenatoria sea revisada, permitiendo finalmente una absolución, labor que en un primer momento ha debido ser desarrollada por la defensa.
- Los magistrados integrantes de las Salas Penales de Apelación de Cusco han avalado los errores cometidos tanto del fiscal como del abogado, colocando en una situación de indefensión al imputado. Además no han resuelto conforme a la Constitución, pues sin importar que estaba presente el abogado defensor, el mismo que podía sustentar el recurso de apelación han declarado la inadmisibilidad del mismo. No es justificación que los jueces superiores de la Primera Sala se hayan dado cuenta de su error, subsanándolo variando su criterio, pues en casos anteriores permitieron la vulneración de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

Teniendo en cuenta esto último y a fin de complementar la información de la presente investigación, se encontraron dos casos similares a los desarrollados en el capítulo 4, no obstante lo resuelto por la Sala es distinto.

No debemos perder de vista que éstos expedientes provienen sólo de la Primera Sala Penal, y fueron resueltos después de variar su criterio, el que es mantenido hasta la actualidad, sin embargo lo que aún resulta ser criticable es la posición que siguen manteniendo los representantes del Ministerio Público, como se observará a continuación sus solicitudes no toman en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional, ni que el proceso debe ser garantista pues continúan pidiendo la inadmisibilidad pese a encontrarse presente el abogado defensor, con todo esto pareciera que los fiscales superiores no quisieran conocer en segunda instancia algunos casos. Los siguientes cuadros permiten ilustrar lo afirmado:



TABLA N° 12: Expediente N° 1140-2011 sobre delito de Atentados contra el Derecho de Sufragio sancionado con 1 año y 6 meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 1 año

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 06/10/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	<p>Señor magistrado... el Ministerio Público solicitaría se declare inadmisibile el pedido de reprogramación de la audiencia y en su defecto más bien se declare la inadmisibilidad de la apelación venida en grado por inconcurrencia de la parte apelante toda vez que en la sentencia dictada en primera instancia la apelante no estuvo presente en ese momento, la apelación únicamente la ha formulado la abogada de la defensa pública sin contar con la firma de la persona que estaba apelando lo que nos hace entender que ni siquiera conoce del recurso de apelación o ni siquiera se sabe si ha estado conforme o no con la sentencia que se le ha dictado en autos. Ahora bien inclusive ahora, conforme se ha escuchado de lo que indica la señora abogada defensora pública... no ha conferenciado con la parte apelante y la persona encargada del caso tampoco ha presentado ningún escrito de parte de su patrocinada que justifique su inconcurrencia a esta diligencia, en ese sentido el Ministerio Público requeriría que de conformidad a lo normado por el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal se declare inadmisibile la apelación.</p>
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	Sin pronunciamiento.
Pronunciamiento del abogado del imputado	<p>El proceso lo está llevando la doctora... siendo ella la titular dela defensa. A la fecha ella está con licencia médica por 30 días, por lo tanto hace 10 minutos me dieron el expediente y me dieron para que pudiera apelar por eso es que no conozco nada del caso y tampoco he conferenciado con la sentenciada.</p> <p>Solicito la reprogramación de la audiencia teniendo en cuenta que la recurrente no conoce nada del caso y hace 10 minutos se le entregó para que pudiera fundamentar su recurso de apelación y para efectos de que pueda tener mejor conocimiento del caso solicito a su digna Sala se sirva reprogramar la fecha.</p>



Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones

PRIMERO: El derecho de defensa es irrestricto conforme está establecido en la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: Asimismo el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado que en las audiencias de apelación de sentencias puede llevarse con la concurrencia de su defensor del imputado sin que concurra este último o con la concurrencia de los dos últimos, en todo caso se debe declarar inadmisibles cuando no concurra ni el imputado ni el abogado defensor.

TERCERO: La defensora pública... solicita en este acto la reprogramación de la presente audiencia bajo el fundamento de que la defensora pública que estaba conociendo este caso se encuentra de licencia por lo que recientemente le han asignado este caso hace 10 minutos.

CUARTO: Siendo atendible lo solicitado por la defensora pública... se debe de reprogramar la presente audiencia para otra fecha debiendo esta defensora pública en la próxima sesión a señalarse asumir la defensa de la imputada así como comunicarse con la imputada...

QUINTO: Debe de exhortarse al coordinador de la defensoría pública para que en lo sucesivo coordine y designe los casos a la defensora pública a fin de que no se frustre las audiencias penales programadas.

RESUELVE:

1.- REPROGRAMAR LA PRESENTE AUDIENCIA PARA EL DIA..., con la concurrencia obligatoria de la señora Fiscal Superior así como de la imputada y su abogada defensora... quien debe asumir la defensa de la imputada en este caso.

2.- DECLARAR IMPROCEDENTE EL PEDIDO DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACION FORMULADA POR LA SEÑORA FISCAL SUPERIOR EN LA PRESENTE AUDIENCIA.

3.- EXHORTAR AL COORDINADOR DE LA DEFENSORIA PÚBLICA DEL CUSCO PARA QUE EN LO SUCESIVO DESIGNE EL DEFENSOR PUBLICO PARA LAS AUDIENCIAS DE APELACION DE SENTENCIAS, OPORTUNAMENTE, debiendo girarse el respectivo oficio.



Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
<p>3.- DECISIÓN:</p> <p>3.1. CONFIRMAR la sentencia contenida en la resolución N°... de fecha... que FALLA: CONDENANDO a la acusada... como autora del delito contra la voluntad popular, en la modalidad de delitos contra el derecho de sufragio, sub tipo atentados contra el derecho de sufragio, en grado de tentativa, tipificado en el artículo 359° inciso 5), concordado con el artículo 16° del Código Penal, en agravio de... representado por... a la pena privativa de libertad de un año y seis meses, suspendida en su ejecución por el periodo de un año, bajo reglas de conducta, y al pago de... por concepto de reparación civil, a favor del agraviado, con lo demás que contiene.</p> <p>3.2. EXIMIR a la imputada... del pago de las costas del proceso.</p> <p>3.3. DISPUSIERON se DEVUELVA el presente proceso al Juzgado de origen, con la debida nota de atención.</p>	
Presentación de recurso de casación	
X	
Consentimiento	X
Ejecución	X

Elaboración propia.



TABLA N° 13: Expediente N° 29-2014 sobre delito de Atentados contra los Monumentos Arqueológicos sancionado con 2 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de 1 año

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha 27/10/2014	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	El Código Procesal Penal en lo referente a la apelación de sentencias en su artículo 423 numeral 2 establece claramente que es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente así como de todos los imputados recurridos en caso en que la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal. En este caso, señores jueces superiores el numeral 3 también indica que si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso, de igual manera procederá si no concurre el Fiscal cuando es la parte recurrente. En este caso es parte recurrente el acusado quien se encuentra en situación de libertad y en tal sentido no existiendo un apremio que comprometa su libertad personal es de aplicación este numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal y en tanto no hubiese justificado previa y documentalmente la razón de su inasistencia debe de aplicarse la norma penal taxativa. En tal sentido, esta Fiscalía solicita que se aplique la norma y se declare inadmisibile el recurso interpuesto.
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	... la norma es expresa... la parte agraviada pide que se cumpla la norma...
Pronunciamiento del abogado del imputado	... Por razones de fuerza mayor mi patrocinado no va a poder asistir pese a tener conocimiento, yo soy su abogado que me he apersonado a su instancia superior solicitando su buena comprensión, solicita que se me admita la defensa... Si bien es cierto, la norma invocada es aplicable al caso pero por equidad se solicita al Colegiado de que se lleve por situaciones ya



	<p>expuestas pues la Fiscal superior o Provincial opina en las decisiones, la que decide es usted señora magistrada</p>
<p>Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones</p>	<p>PRIMERO: Para el día de la fecha ha sido programada la audiencia de apelación de sentencia condenatoria contra la cual ha interpuesto apelación el acusado o sentenciado...</p> <p>SEGUNDO: Que a la sesión de audiencia indicada no ha concurrido el mismo quedando justificado por razones que han imposibilitado su presencia por parte de su abogado... presente en esta audiencia. El señor fiscal solicita que en aplicación de lo establecido por el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal se declare la inadmisibilidad del recurso por incomparecencia del apelante.</p> <p>TERCERO: Si bien la norma de manera expresa precisa que si no concurre el apelante se declarará la inadmisibilidad del recurso, este dispositivo legal ha sido materia de análisis por parte del Tribunal Constitucional en el expediente N° 2964-2011-PHC en el que se precisa de que en caso de concurrir el abogado del sentenciado apelante este queda debidamente representado y con ello no se puede establecer que ha renunciado tácitamente al recurso de apelación por lo que habiéndose presentado en este acto el abogado de la parte apelante y estando a la interpretación desde el punto de vista constitucional que ha hecho el máximo intérprete de la Nación corresponde continuar con esta audiencia quedando debidamente representado como se reitera el apelante por parte de su abogado.</p> <p>SE RESUELVE: Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de inadmisibilidad del recurso de apelación que solicita el representante del Ministerio Público y disponer que la presente sesión de audiencia sea continuada con la representación del abogado del sentenciado apelante.</p>



Presentación de recurso de reposición	
No se presenta.	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	X
Sentencia de Vista	
<p>RESUELVEN:</p> <p>1.- DECLARAR INFUNDADA la apelación interpuesta por el sentenciado...</p> <p>2.- CONFIRMAR la sentencia de fecha... por la que se CONDENA al acusado... como autor y responsable del delito contra el Patrimonio Cultural, en la modalidad de ATENTADO CONTRA MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS por haber asentado una vivienda en un monumento arqueológico prehispánico en agravio de.... Habiéndosele impuesto DOS AÑOS de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por le plazo de un año, con la obligación de pagar la suma de... por concepto de multa así como... por concepto de reparación civil. con lo demás que contiene y los devolvieron.</p>	
Presentación de recurso de casación	
X	
Consentimiento	X
Ejecución	X

Elaboración propia.



La información contenida en las tablas precedentes permiten afirmar que a pesar del pedido expreso de inadmisibilidad por parte de los representantes del Ministerio Público, los jueces superiores de manera acertada resuelven declarando improcedente dicha solicitud, posición que es compartida.

iii. *En tercer lugar*, en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal desconociendo la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

A efectos de verificar lo señalado es preciso indicar que la sentencia recaída en el expediente N° 02964-2011-PHC/TC fue emitida el 16 de julio de 2013, es decir con casi 1 año de anticipación a los dos últimos casos que se han comentado. El criterio establecido por el Tribunal Constitucional ha sido obviado hasta cierto momento por la Primera Sala y es desconocido aún por la Segunda y la Sala Transitoria de Apelaciones. En tal sentido, es necesario precisar que al tratarse de casos donde si está presente el abogado defensor, se hace evidente una situación extrema por lo que el criterio del Tribunal no puede seguir siendo evadido.

Para entender de manera más objetiva lo señalado es preciso dar a conocer los fundamentos utilizados por el Tribunal Constitucional para sostener su posición:

TABLA N° 14: Aspectos generales del expediente N° 02964-2011-PHC/TC – Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2013

Hechos
<p>... contra la sentencia condenatoria el recurrente interpuso el medio impugnatorio de apelación el cual sal ser elevado a la Segunda Sala de Apelaciones demandada, esta instancia declaró inadmisibile la prueba ofrecida y convocó a las partes a que concurran a la audiencia de apelación de sentencia para el día... sin apercibirsele que ante su inconcurrencia se iba declarar inadmisibile su apelación. Agrega el recurrente que no acudió a la citada audiencia por razones de distancia geográfica y dificultad en medios de transporte, pues domicilia en la ciudad de..., muy distante de la ciudad de...; empero, si concurrieron las demás partes procesales. Señala también que por no haber concurrido el demandante a la referida audiencia, la Sala demandada la reprogramó para el día..., bajo apercibimiento de declarar al accionante reo contumaz y dispuso que se giren en su contra las órdenes de captura.</p> <p>Añade el recurrente que tampoco concurrió el día ..., pero sí lo hicieron las demás partes procesales por lo cual la Sala demandada emitió la resolución N.º... que declaró la nulidad de la decisión señalada el... que decretaba el apercibimiento de la declaración de contumacia y se activen las órdenes de captura en su contra; pero declaró inadmisibile el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria de conformidad con los incisos 2 y 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal. Contradicha decisión el recurrente interpuso el medio impugnatorio de reposición, el cual fue declarado infundado y contra esta última decisión interpuso el medio impugnatorio de nulidad el cual fue declarado improcedente.</p>
Pretensión
<p>Atendiendo a los argumentos que sustentan la demanda y a los derechos presumiblemente vulnerados, es necesario establecer que respecto de la violación de los derecho de defensa y a la pluralidad de instancias, el petitorio estaría representado por la nulidad de la resolución de fecha... que declara inadmisibile el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha... que lo condena a cuatro años de pena privativa de la libertad y sesenta días multa por la comisión del delito de uso de documento público en agravio de... y de la...</p>

Elaboración propia.



El presente caso tiene una naturaleza similar a los desarrollados en el capítulo IV de la presente investigación, en efecto se trata de un recurso de apelación de sentencia que condena al recurrente a 4 años de pena privativa de libertad por el delito de uso de documento público.

Recurso que como se observa de los hechos es declarado inadmisibile en aplicación irrestricta del artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, es decir por la inasistencia – únicamente- del imputado a la audiencia de apelación. Sin embargo, es preciso advertir que esta decisión es tomada –a diferencia de los casos materia de investigación- en una audiencia reprogramada, ya que en una primera oportunidad tampoco asistió el imputado pero sí lo hizo su abogado defensor y las demás partes procesales, razón por la que se opta por una reprogramación.

Ante esta circunstancia –es decir la inadmisibilidad- se interpone el recurso de reposición, al igual que en dos de los casos detallados con anterioridad (Expedientes N° 1671-2012 y 1549-2011), recurso que se declara infundado y contra éste último se interpone nulidad, la misma que es declarada improcedente.

No debemos perder de vista que pese a ser un caso similar –respecto a la inasistencia únicamente del imputado recurrente- la reprogramación es una gran diferencia aplicada en la ciudad de Arequipa así como en Lambayeque en el expediente N° 4334-2012-HC/TC.

Una vez aclarado el punto anterior, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional analizados los hechos decide realizar un test de proporcionalidad a fin de deliberar la pretensión invocada. De esta forma verificar si la aplicación del inciso 3 del artículo 423 del Nuevo Código Procesal Penal que estipula que la no presencia física del imputado (con independencia de la presencia del abogado defensor) en la audiencia de apelación determina la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia. Los criterios utilizados figuran en el siguiente cuadro:

TABLA N° 15: Expediente N° 02964-2011-PHC/TC – Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2013. CRITERIO RESPECTO A LA INASISTENCIA ÚNICAMENTE DEL IMPUTADO A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN – TEST DE PROPORCIONALIDAD

Test de proporcionalidad	
Examen de idoneidad	... este Tribunal advierte que el asegurar la presencia del apelante resulta una medida adecuada porque se pretende hacer cumplir principios procesales de primer orden tales como el de contradicción efectiva, intermediación y oralidad. En ese sentido la medida cuestionada resultaría idónea para la realización del fin estipulado por la regla establecida por la Sala Penal.
Examen de necesidad	... este Tribunal considera que la interpretación literal del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal efectuada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa resulta inconstitucional, dado que la presencia física y personal del recurrente (apelante) para que se lleve a cabo la audiencia de apelación, no resulta necesaria ni indispensable, pues esta actuación se puede desarrollar con la sola presencia de su abogado patrocinante, quien puede sustentar oral y técnicamente los argumentos del medio impugnatorio de apelación para que estos puedan ser sometidos al contradictorio y al debate oral con su contraparte (Ministerio Público). En ese sentido, al existir otro mecanismo que brinda el mismo resultado buscado por la medida de intervención, mecanismo que presenta un menor grado de afectación del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, dicha medida de intervención, consistente en la regla interpretativa dispuesta por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, debe ser interdictada por este Tribunal.
Examen de proporcionalidad en sentido estricto	Habiéndose determinado que la regla interpretativa aplicada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Arequipa no supera el examen de necesidad, y en consecuencia, es inconstitucional, no resulta necesario someterla al examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Elaboración propia.



Realizado el presente test de proporcionalidad se puede observar que para el Tribunal no es necesaria la presencia del imputado para que la audiencia de apelación de sentencia se lleve a cabo por no pasar el examen de necesidad.

De esta forma, según el fundamento 22 de la sentencia en comentario “la aplicación del inciso 3) del artículo 423° del Nuevo Código Procesal Penal llevada a cabo por el ente judicial demandado resulta incompatible con el derecho a la pluralidad de instancias”.

No obstante y pese a encontrarnos de acuerdo con la posición adoptada por el máximo intérprete de la Constitución, consideramos criticable el razonamiento efectuado por éste, en el sentido de que la obligatoriedad de la presencia del imputado ni siquiera superaría el examen de idoneidad si lo que se pretende es cumplir con los principios de primer orden, esto en mérito a que su asistencia a la audiencia –la del imputado- no va a resultar apropiada para que se cumpla con lo pretendido. Y claro está, ya que el imputado no podrá sustentar oralmente su apelación ni contradecir los fundamentos del representante del Ministerio Público al no ser un conocedor de derecho.

Sin embargo, como ya se mencionó líneas arriba, el Tribunal igual considera inconstitucional la interpretación literal del artículo 423.3 del Código Procesal Penal –por no superar el segundo examen-, es decir, la posición que asume respecto a la inasistencia únicamente del imputado es que no se deberá declarar inadmisibile su recurso impugnatorio ante su incomparecencia.

Concluye asimismo que la disposición normativa no es inconstitucional, ya que existe otra forma de interpretarla: sólo se declarará inadmisibile el recurso si es que además de la inasistencia del imputado también inasiste su abogado defensor, en otras palabras, basta con la presencia del letrado para que se lleve adelante la audiencia.

En este punto se debe advertir que se comparte la posición del Tribunal Constitucional, pero sólo respecto a la no presencia obligatoria del imputado más no en cuanto a la presencia del abogado defensor se refiere. Todo esto nos lleva a desarrollar la cuarta hipótesis específica.



iv. *En cuarto lugar*, queda demostrado que en las Salas Penales de Apelación de Cusco se inaplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal vulnerando o restringiendo los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

En efecto, en todos los casos en los que no ha concurrido el abogado defensor de confianza se ha optado por declarar inadmisibles el recurso de apelación, sin tomar en cuenta que es el propio Código Procesal Penal el que establece en el artículo 85 inciso 2 que si el defensor no asiste injustificadamente a dos diligencias, el procesado será requerido para que en el término de 24 horas designe al reemplazante y de no hacerlo se nombrará uno de oficio, pero un defensor tiene que estar presente para que la diligencia se realice. Y claro está, las audiencias de apelación de sentencias no pueden tener el carácter de inaplazables, pues si es posible su postergación, pese a que estaría en juego el plazo razonable no se pueden vulnerar derechos. Además aunque en un caso los magistrados integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones indicaron que se trata de una audiencia inaplazable, se ha visto como en las Cortes de otras ciudades si ha existido reprogramación, así también se ha pretendido actuar en un caso desarrollado en el capítulo anterior. Ya que las circunstancias han sido factibles para la aplicación del mencionado artículo se ha generado la vulneración y restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias del imputado recurrente, tanto por los magistrados de las Salas como por los fiscales superiores.

v. *En quinto lugar*, queda demostrado que en las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

En efecto existen casos en los que las Salas Superiores tomaron la decisión de declarar inadmisibles las apelaciones pues el día de la audiencia no había quien las oralice los fundamentos del recurso, es decir, no asistieron tanto el imputado recurrente como su abogado defensor, citando incluso el criterio del Tribunal Constitucional.

Cabe resaltar que el artículo que tanto se ha cuestionado (423. 3 del Código Procesal Penal) sólo indica que se sancionará con la inadmisibilidad del recurso si es que inasiste del imputado recurrente, mas no existe regulación alguna respecto a la situación

del abogado defensor. Ante esta circunstancia –y como se ha precisado con anterioridad- el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

TABLA N° 16: Expediente N° 02964-2011-PHC/TC – Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de julio de 2013. CRITERIO RESPECTO A LA INASISTENCIA DEL IMPUTADO Y SU ABOGADO DEFENSOR A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

Fundamento 22	...el recurso de apelación de sentencia debe ser declarado inadmisibile cuando no concurra el imputado o, en ausencia de éste, su abogado defensor. Es decir, solo se declarará inadmisibile el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del imputado, también se aprecie la ausencia del abogado defensor a la audiencia de apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación.
----------------------	--

Elaboración propia.

Como se aprecia, nuestro máximo intérprete de la Constitución crea un nuevo supuesto de inadmisibilidad del recurso al darle una interpretación constitucional al artículo 423. 3 del Código Procesal Penal, así ya no se deberá declarar inadmisibile la apelación ante la incomparecencia del imputado, sin embargo, sí se declarará la inadmisibilidad ante la inasistencia del abogado defensor además del imputado.

Es decir, se deja prácticamente inútil el artículo 423. 3, la circunstancia de inadmisibilidad plasmada en dicho artículo ya no existe y en reemplazo de éste se crea un nuevo supuesto, un nuevo precepto normativo.

Al respecto, debemos advertir que el Tribunal Constitucional no tiene facultad para esto último, pues sólo es válido darle una interpretación constitucional, lo que no se puede hacer es crear otro supuesto de inadmisibilidad (ante la inasistencia del abogado), tarea que está encomendada al poder legislativo.



No obstante, y pese a que nos gustaría hacer una crítica más extensa a lo arriba señalado, es importante resaltar que la posición adoptada por el Tribunal en esta circunstancia es realmente cuestionable por las siguientes razones:

- En los casos en los que a la audiencia de apelación no ha asistido ni el imputado ni el abogado defensor, en efecto, se ha declarado inadmisibles sus recursos de apelación como una suerte de sanción, sin embargo, en ninguno de estos casos se ha tomado en cuenta que el único actuar que no fue diligente es el del abogado defensor.

De esto tampoco parece haberse dado cuenta el máximo intérprete de nuestra Constitución, ya que al emitir esta sentencia (que no es vinculante) pone en segundo plano la situación del imputado que es el que finalmente entrará a prisión sin que su condena sea revisada.

Ahora bien, los artículos 5 y 27 del Código de Ética del Abogado resaltan de sobremanera la responsabilidad que acarrea el incumplimiento de la función del abogado, no debemos perder de vista que son esas normas las que establecen que se debe honrar la confianza depositada en la labor, la misma que debe ser realizada con diligencia y con un elevado estándar de competencia profesional. En mérito a ello podemos decir que el abogado al no asistir a las audiencias de apelación ha infringido estos deberes y ha perjudicado evidentemente a su patrocinado, su mala conducta (que es ajena al verdadero interesado en apelar) ha tenido como resultado que la sentencia condenatoria de primera instancia quede consentida y sin revisión de un órgano superior, de hecho, su negligencia no ha cuidado la confianza puesta en él.

Al respecto es importante tomar en cuenta, como lo señala el Consejo del Colegio de Chile en su fallo del 18 de diciembre de 1953, que “falta a la ética profesional el abogado que permite que se declare abandonada una acción por mera negligencia de su parte, ya que el abogado que acepta la defensa de un juicio, es responsable de ella, contrae con su cliente el compromiso de velar con cuidado por su tramitación y debe evitar que los hechos ocurran”.

En conclusión, no es correcto declarar inadmisibles los recursos de apelación de sentencia por la mala conducta del abogado defensor quien debió velar por la defensa de los derechos de su patrocinado -el mismo que en muchos casos probablemente haya estado



protegiendo su libertad y ha confiado ciegamente en un profesional- el imputado no debe sufrir las consecuencias generadas por la irresponsabilidad de su abogado. Situación que se evidencia –por ejemplo- en dos de los casos analizados, al presentarse un recurso de reposición, es decir, se ha tratado de justificar la inasistencia del abogado, sin embargo, fueron declarados infundados y los imputados se han quedado con una sentencia condenatoria sin revisión.

- Otra de las razones por la que no nos encontramos de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional es porque no ha considerado que dentro de nuestro Código Procesal Penal se encuentra un artículo que prevé una salvedad ante la inasistencia del abogado defensor, de esta forma el artículo 85 inciso 2 prescribe que “si el defensor asiste injustificadamente a dos diligencias, el procesado será requerido para que en el término de 24 horas designe al reemplazante. De no hacerlo se nombrará uno de oficio”.

Como vemos, al declarar inadmisibles los recursos de apelación por la inasistencia del abogado se restringe el derecho de pluralidad de instancias y vulnera el derecho de defensa, derechos que le pertenecen estrictamente al imputado, los mismos que deben ser garantizados en su nombre por el abogado, respetados por el representante del Ministerio Público y por los magistrados representantes del Poder Judicial. Sin embargo, la conducta demostrada por las partes procesales antes mencionadas han ocasionado que el imputado quede en indefensión absoluta, con una sentencia que lo condena y sin opción a tener una opinión distinta a la vertida en primera instancia.

En consecuencia:

- Los fiscales superiores encargados de los casos subidos en apelación han actuado con poca objetividad, ya que no han velado por el respeto de los derechos del imputado, en muchos de los casos han hecho un pedido expreso para que se declare inadmisibles los recursos, es más, en uno de los casos en los que se presentó una reposición han optado por desvirtuar la justificación de la inasistencia de la defensa, conducta que es reprochable porque el correcto actuar debió ser la de centrar su atención en la defensa de una persona que está siendo condenada a 12 años y no optar por dejarla con una sentencia consentida.



- La conducta asumida por los abogados defensores ha sido irresponsable en su totalidad, ya que por su inasistencia ha sido afectada la libertad de varios imputados, los que están siendo perjudicados por un mal actuar, ajeno a su voluntad. Es más, sólo en dos de los casos los abogados han tratado de persistir en su pretensión, sin embargo, en los demás no ha existido ningún acto posterior a la declaratoria de inadmisibilidad, lo que demuestra una dejadez y poca diligencia en sus actuaciones, no obstante esta conducta no debe acarrear la declaratoria de inadmisibilidad de un recurso, lo correcto debe ser aplicar el criterio establecido en el artículo 85 inciso 2 del Código Procesal Penal y para el abogado que no ha actuado con diligencia lo que le correspondería tendría que ser una sanción administrativa
- Los magistrados integrantes de las Salas Superiores de Apelación pese a observar esta situación de vulneración y restricción de los derechos del imputado han optado por aplicar el artículo 423.3 del Código Procesal Penal contrario a nuestro sistema garantista, además de ello han desconocido el artículo 85. 2 el mismo que garantiza la presencia de un defensor en casos de inconcurrencia para que pueda oralizar el recurso de apelación que ya fue admitido.

En ese sentido podemos decir que ninguno de los sujetos procesales mencionados garantizaron el ejercicio de los derechos de defensa y pluralidad de instancia. Agravando la situación el hecho que ante estas situaciones ya ni siquiera es posible acudir ante el Tribunal Constitucional, pues el recurso de agravio constitucional será resuelto por medio de una sentencia interlocutoria, ello si tomamos en cuenta que el 11 de diciembre del año 2014 nuestro máximo intérprete de la Constitución y el encargado de velar por la defensa de los derechos reconocidos en ella, ha emitido una sentencia que resuelve, por decirlo así, los casos en los que concurre una circunstancia como las narradas en el anterior punto. En efecto, señala de manera expresa lo contenido en el siguiente cuadro:



TABLA N° 17: Expediente N° 01328-2014-PHC/TC – Sentencia Interlocutoria del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 2014

Fundamentos de la sentencia	<p>1. En el presente caso, se evidencia que el recurso de agravio no está referido a una cuestión de derecho de especial trascendencia constitucional. Al respecto, un recurso carece de esta cualidad cuando su contenido no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; cuando se relacione con un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trate; o, finalmente, cuando lo pretendido no aluda a un asunto que requiera una tutela de especial urgencia.</p>
	<p>2. En efecto, en el presente caso la resolución del Tribunal Constitucional no solucionará un conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión iusfundamental comprometida, en tanto en la audiencia de apelación de sentencia de fecha... (decretada al interior del proceso penal por el delito de actos contra el pudor de menor de edad seguido en contra del recurrente), se dejó constancia de su inasistencia y de la inasistencia de su abogado defensor, pese a estar válidamente notificados conforme consta del cargo de la cédula de notificación, lo cual fue corroborado, inclusive, en el recurso de agravio constitucional. Por lo tanto, ante dicha inasistencia, se ha rechazado correctamente el medio impugnatorio de apelación.</p>
Decisión	<p>Declarar IMPROCEDENTE el recurso de agravio constitucional, porque la cuestión de derecho contenida en el recurso carece de especial trascendencia constitucional.</p>

Elaboración propia.



Como vemos, el Tribunal Constitucional no considera de especial trascendencia constitucional, el hecho que una persona haya sido condenada a una pena privativa de libertad y que la sentencia de primera instancia no sea revisada debido a la conducta inadecuada de su abogado defensor, lo que en efecto es cuestionable. Al parecer dicho Tribunal ha olvidado por completo que dentro del Estado peruano se debe respetar lo establecido en tratados internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, unido a ello la interpretación que de dicha Convención efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Mohamed Vs. Argentina, sumado a ello la Observación General N° 32 que realizó el Comité de Derechos Humanos, en todos estos instrumentos internacionales se resalta la importancia de que una sentencia condenatoria sea revisada por un órgano de distinta jerarquía ya que no puede adquirir la calidad de cosa juzgada, además nuestro país no puede establecer restricciones para el cabal cumplimiento y respeto del derecho de pluralidad de instancias.

Ya que el presente trabajo de investigación genera un gran interés, se ha hecho un seguimiento constante al tema, así se ha encontrado que a nivel nacional muchos son los casos que han llegado al Tribunal Constitucional con similares características, y se ha seguido utilizando el criterio erróneo asumido en la sentencia N° 02964-2011-PHC/TC, no obstante una posición que es importante resaltar es la emitida por el magistrado Blume Fortini en la sentencia emitida en el Expediente N° 01691-2010-PHC/TC. De manera textual indica que:

El inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, referido al emplazamiento para la audiencia de apelación, señala expresamente que "Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente." Es decir, regula un potencial rechazo del recurso de apelación interpuesto y concedido en la instancia inferior, que se hace efectivo ante la incomparecencia injustificada del apelante a la denominada "audiencia de apelación", creada por tal código.

A mi juicio, tal dispositivo crea un innecesario formalismo procesal que no supera en modo alguno el análisis de constitucionalidad, pues impide que el apelante



obtenga un pronunciamiento de segunda instancia, a pesar de haber interpuesto oportunamente su recurso, lo que lesiona el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, como parte del derecho al debido proceso.

En tal sentido, considero que si el recurso de apelación ha sido interpuesto en su oportunidad, corresponde que, en ejercicio de los derechos mencionados, el recurrente obtenga un pronunciamiento del superior jerárquico y no se condicione tal pronunciamiento a ningún tipo de formalismo inoficioso, insubstancial y hasta contraproducente.

Lamentablemente, la posición de este magistrado no es observada a nivel nacional, lo que genera que hasta el día de hoy se sigan vulnerando y restringiendo derechos de los imputados recurrentes.

CONCLUSIONES

PRIMERA

En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestas por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias. En efecto, dichos recursos han sido admitidos dentro del plazo establecido y con todas las formalidades que la ley requiere para que dichas sentencias puedan ser revisadas, quedando únicamente su oralización en audiencia de apelación, no obstante y pese a ser el principio de oralidad uno de los principales en el sistema que nos rige, no puede sobreponerse a los derechos de defensa y pluralidad de instancias, ya que estos últimos no sólo están reconocidos en nuestra Constitución, sino también en tratados internacionales, así como en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SEGUNDA

En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Pues en el año 2014 han sido declarados inadmisibles recursos de apelación de sentencias ante la inasistencia única del imputado recurrente, pese a estar presente el abogado defensor, impidiendo que éste sustente los fundamentos de la apelación interpuesta, con lo que se ha restringido los derechos de defensa y pluralidad de instancias.

TERCERA

En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal desconociendo la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. En efecto, tanto los representantes del Ministerio Público como los jueces superiores no han tomado en cuenta el criterio asumido por el Tribunal Constitucional según el cual no hace falta la presencia del imputado en la audiencia de apelación, basta con la de su abogado defensor para llevar adelante la diligencia. Sólo en uno de los casos en el que después de haber optado por la declaración de inadmisibilidad se ha emitido una resolución de oficio variando el criterio asumido hasta ese entonces,



permitiendo al abogado defensor oralizar los fundamentos de la apelación días después, sin embargo en los casos restantes la realidad ha sido distinta en tanto los imputados se quedaron con una sentencia condenatoria de primera instancia consentida sin la revisión de un órgano superior y han pasado a la etapa de ejecución.

CUARTA

En las Salas Penales de Apelación de Cusco se inaplica el artículo 85.2 del Código procesal Penal vulnerando o restringiendo los derechos de defensa y pluralidad de instancias que dispone que si el defensor no asiste injustificadamente a dos diligencias, el procesado será requerido para que en el término de 24 horas designe al reemplazante y de no hacerlo se nombrará uno de oficio. De este modo, en los casos en los que inasistieron a la audiencia de apelación de sentencia tanto el imputado como su abogado defensor no se ha tomado en cuenta lo dispuesto por el mencionado artículo, pese a adecuarse las circunstancias a su aplicación, así se dejó a los imputados sin la opción de ejercer los derechos de defensa y pluralidad de instancias por el actuar irresponsable del abogado defensor.

QUINTA

En las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Ello si se toma en cuenta que en todos los casos en los que no asistieron a la audiencia de apelación tanto el imputado como su abogado defensor se ha declarado inadmisibile el recurso pese a la existencia del artículo 85. 2 del Código Procesal Penal, de forma que se ha avalado el criterio erróneo del Tribunal Constitucional, permitiendo así una vulneración del derecho de defensa y restricción del derecho a la pluralidad de instancias.



RECOMENDACIONES

En atención a las conclusiones a las que se arribó en la presente investigación se pueden formular las siguientes recomendaciones:

PRIMERA:

Los Magistrados del Tribunal Constitucional por ser los encargados de velar por el respeto irrestricto de los derechos reconocidos en la Constitución, deben establecer como precedente vinculante que la presencia del imputado a la audiencia de apelación no sea obligatoria, pues sólo de esta forma se logrará uniformidad en los criterios utilizados por las distintas Salas Penales a nivel nacional respecto a la inadmisibilidad o no de los recursos de apelación.

SEGUNDA

Los Magistrados del Tribunal Constitucional en atención al rol que cumplen como garantes de la Constitución, cambiando su posición plasmada en la sentencia recaída en el expediente N 02964-2011-PHC/TC y en la sentencia interlocutoria emitida en mérito al expediente N° 01328-2014-PHC/TC, deben establecer como precedente vinculante que en casos de incomparecencia del abogado defensor a la audiencia de apelación se debe aplicar el artículo 85.2 del Código Procesal Penal.

TERCERA:

En atención a las dos anteriores recomendaciones, se debe modificar el artículo 423.3 del Código Procesal Penal, bajo los términos contenidos en el siguiente anteproyecto de ley:



ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 423 INCISO 3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Este proyecto de modificación normativa busca la generación del mecanismo idóneo que permita la garantía de los derechos de defensa y pluralidad de instancias en el desarrollo de las audiencias de apelación de sentencias. En tal sentido, recordemos que el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal prescribe que “si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente”.

A raíz de varios cuestionamientos al referido artículo, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia en el Expediente N° 02964-2011-PHC/TC buscando darle una interpretación constitucional, en ese sentido indica que para la realización de la audiencia de apelación no es necesaria la presencia del imputado, bastará con la presencia de su abogado defensor, no obstante, si es que a dicha audiencia no concurren tanto imputado como abogado defensor, el recurso de apelación interpuesto será declarado inadmisibile.

Ahora bien, hechos similares (ausencia del imputado y su abogado) han ocurrido en varios departamentos del país, así, los recursos de apelación fueron declarados inadmisibles motivando a diversos abogados defensores a interponer recursos de Hábeas Corpus pues vieron vulnerados derechos como el de defensa y el de pluralidad de instancias. Los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional optaron así por emitir una sentencia interlocutoria, es decir, decidieron rechazar de plano dicho recurso, en ese sentido declararon la improcedencia por no significar el caso uno de especial trascendencia constitucional, cerrando todas las puertas a los interesados en obtener una sentencia de segunda instancia que se pronuncie respecto a su pretensión.

Siendo esta la situación, se ha observado después de una larga investigación que en las Salas Penales de Apelación de Cusco al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentadas en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor, se restringen o vulneran los



derechos de defensa y pluralidad de instancias debido a que dicha inadmisibilidad impide un pronunciamiento de fondo sobre el recurso impugnatorio presentado.

No olvidemos que tanto el derecho de defensa como el de pluralidad de instancias son derechos reconocidos en normativa nacional e internacional, vale decir, en la Constitución y en Tratados Internacionales razón por la que deben ser garantizados.

Respecto al derecho de defensa se ha dicho que:

...por la importancia y por el contenido que abarca se constituye en: un principio que informa todo el ordenamiento procesal, un derecho subjetivo individual, de carácter público (cita omitida), de intervenir en el proceso penal en todo momento para decidir acerca de una posible reacción penal (cita omitida); y, una garantía que le asiste a todo imputado de ser asistido por un abogado defensor, a ser informado de la imputación en todos los estados del proceso, de poder ofrecer los elementos probatorios que considere necesarios, a contradecir prueba, invocar la existencia de prueba prohibida, y exponer los elementos fácticos y jurídicos que permitan al Tribunal declarar su absolución (Neyra, 2015, p. 246).

Este derecho tiene diversas manifestaciones, además de ser un derecho del que gozan la parte imputada y la parte agraviada. Reyna (2011) indica claramente que “el derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. En ninguna fase debe dejársele sin defensa, puesto que esto deslegitima el juzgamiento y el resultado de este como es la sentencia” (p. 221).

Es el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 05085-2006-PA/TC quien lo define de la siguiente forma:

[...] el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.



Por otro lado, en cuanto al derecho a la pluralidad de instancias, Landa (2012) resalta que:

El derecho a la pluralidad de instancias tiene como finalidad garantizar que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado en instancias superiores a través de los correspondientes medios impugnatorios formulados dentro del plazo legal lo cual no implica, de manera necesaria, que todas las pretensiones planteadas por medio de recursos impugnatorios sean amparadas, ni que cada planteamiento en el medio impugnatorio sea objeto de pronunciamiento. Tampoco implica que todas las resoluciones emitidas al interior del proceso puedan ser objeto de impugnación; corresponde al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, puede proceder la impugnación (p. 75).

Además recordemos que:

...una de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia se grafica en la posibilidad que tiene todo ciudadano, siempre y en todo momento, de poder recurrir de una decisión judicial, esto es, de poder cuestionar la misma dentro del propio Órgano Jurisdiccional, ante una autoridad judicial de mayor jerarquía y con facultades rescisorias, esto es, con el poder jurídico de dejar sin efecto lo originalmente dispuesto, ordenado o sentenciado (Quiroga, 2014, p. 177-178).

Ahora bien, según lo expuesto no podemos olvidar que:

... la revisión en segunda instancia exige el respeto de los mismos principios imperantes en la primera instancia. En efecto, si el juez de segunda instancia va a sustituir la valoración de la prueba del juez de primera instancia, este *ad quem* deberá encontrarse en idéntica u homogénea situación a la del juez *ad quo* al momento de valorar la prueba (Oré, 2011, p. 156).

De esta forma, manifiesta el Tribunal Constitucional en el fundamento 9 de la sentencia emitida en el expediente N° 4235-2010-PHC/TC que:



Se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” [...]. En esa medida, **el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa**, reconocido en el artículo 139° inciso 14, de la Constitución. [El resaltado es nuestro].

Partiendo de las ideas precedentes se puede concluir que estos dos derechos forman parte del debido proceso, surge entonces la necesidad de que se materialicen en los procesos seguidos en segunda instancia, específicamente al momento de la realización de la audiencia de apelación. En todos los casos analizados figura el pronunciamiento tanto del representante del Ministerio Público, como del abogado defensor si es que se encuentra presente y finalmente el pronunciamiento de los magistrados integrantes de las Salas Penales de Apelación emitidos en las audiencias, donde se declara inadmisibile el recurso de apelación de sentencia interpuesto. Luego de realizar un seguimiento caso por caso se concluye que las sentencias recurridas, vale decir las del primera instancia no obtienen un pronunciamiento de fondo respecto a la pretensión de la parte imputada, pues luego de la declaratoria de inadmisibilidad en la mayoría de casos no se interpone el recurso de reposición que correspondería y en los que sí, éstos son declarados infundados y en consecuencia consentida la sentencia recurrida.

Es por estas razones que se pretende una modificación normativa respecto al artículo 423. 3 del Código Procesal Penal, a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. Es decir, no se debe exigir la presencia del imputado recurrente pero si la de su abogado defensor, en caso éste último no concurriera se debe aplicar lo dispuesto por el artículo 85. 2 del mismo cuerpo normativo.

En ese entender, la modificación de dicho artículo es una medida que debe ser tomada a la brevedad posible, pues están en juego derechos que forman parte del debido proceso, reconocidos en la Constitución Política del Perú y en Tratados Internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

IMPACTO DE LAS MODIFICACIONES DEL REFERIDO ARTÍCULO

El análisis de la relación costo-beneficio es favorable a la implementación de este proyecto de ley que busca modificar el artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal, debido a que con él se evitaría que muchos de los procesos con similares características sean elevados tanto a la Corte Suprema mediante un recurso de casación como al Tribunal Constitucional mediante un proceso constitucional, pues ningún derecho se restringiría o vulneraría.

Además se lograría cumplir con los fines del proceso penal, como es la búsqueda de la verdad pero respetando el debido proceso pues los magistrados integrantes de las Salas Superiores emitirán pronunciamiento sobre el fondo del asunto que ha llegado a su instancia y cuya decisión es la cuestionada por el imputado al no encontrarse de acuerdo.

III. EFECTOS DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, la clara vulneración y restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias en las audiencias de apelación de sentencias por aplicación de lo prescrito en el artículo 423. 3 del Código Procesal Penal y la interpretación que de éste hizo el Tribunal Constitucional hacen necesaria una reforma a fin de tutelar los derechos en mención.

FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha aprobado la modificación del siguiente artículo:

ARTÍCULO 423.3 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo 1.

Modifíquese el artículo 423. 3 del Código Procesal Penal, el que deberá quedar redactado del siguiente modo:



Emplazamiento para la audiencia de apelación

Artículo 423.3:

La asistencia del acusado recurrente a la audiencia de apelación no es obligatoria. Si el abogado defensor no concurre a dicha audiencia se aplicará lo dispuesto en el artículo 85.2 de este cuerpo normativo. De no concurrir el fiscal por causa justificada dicha audiencia será reprogramada por única vez.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

Cusco, Febrero de 2016.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos de revistas consultados

ALVA FLORIÁN, C. A. (2009). *Esquema de la etapa del juzgamiento en el Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal

ALVARADO VELLOSO, A. (2010). *El Debido Proceso* (1° ed.). Lima, Perú: San Marcos E.I.R.L.

ANGULO ARANA, P. (s/a). *La función del fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal* (2° ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

ANGULO MORALES, M. A. (2013). “*El derecho a la doble instancia*”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

ARANA MORALES, W. (2014). *Manual de Derecho Procesal Pena* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

ARANZAMENDI, L. (2010). *La investigación jurídica – Diseño del proyecto de investigación, Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley E.I.R.L.

ARBULÚ MARTINEZ, V. J. (2013). *Derecho Procesal Penal* (1° ed.). Lima, Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.

ARMENGOT VILAPLANA, A. (2013). *El imputado en el proceso penal* (1° ed.). España: Editorial Aranzadi S.A.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, C. C. (2013). *La decisión fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.



BENAVENTE CHORRES, H. (2008). *Guía práctica de la defensa penal (I): Investigación Preparatoria y etapa intermedia* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

BENAVENTE CHORRE, H. (2008). *Guía práctica de la defensa penal (II): Juicio oral y ejecución de sentencia* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

BENAVENTE CHORRES, H. (2013). “*El derecho a acceder a un recurso efectivo*”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal* (1° ed.). Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

BENAVENTE CHORRES, H. y otro. (2010). *La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

BERMÚDEZ TAPIA, M. (2014). “*Las partes en el Nuevo Código Procesal Penal*”. *Nuevo Código Procesal Penal comentado*. Volumen 1. (1° ed.). Lima, Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.

BINDER, A. M. (2005). “*¿Qué significa cambiar la justicia penal?*”. *Reforma del proceso penal en el Perú* (1° ed.). Trujillo, Perú: Ediciones BLG.

BURGOS MARIÑOS, V. (2008). “*Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano*”. Décimo curso de preparación para el ascenso en la carrera judicial y fiscal. Lima: *Academia de la Magistratura*.

CASTILLO CÓRDOBA, L. (2005). “*Criterios de interpretación para evaluar la constitucionalidad del mandato de detención*”. *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 137.

COAGUILA VALDIVIA, J. (2013). *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

CUBAS VILLANUEVA, V. (2009). *Instrucción e investigación preparatoria – Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa de la investigación del delito* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.



DE LA CRUZ ESPEJO, M. (2006). *El juicio oral*. Lima: FECAT E.I.R.L.

DEL RIO LABARTHE, G. (2010). *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio* (1° ed.). Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

ESCOBEDO ESPINOZA, E. (2015). *La participación del defensor público en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.

FRISANCHO APARICIO, M. (2012) *Manual para la aplicación del Código Procesal Penal* (2° ed.). Lima, Perú: Rodhas S.A.C.

GARCÍA CAVERO, P. (2009). “Consecuencias político-criminales de la implementación del Nuevo Sistema Procesal Penal”. *El derecho procesal penal frente a los retos del Nuevo Código Procesal Penal* (1° ed.). Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

GUEVARA PARICANA, J. (2007). *Principios constitucionales del proceso penal*. Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.

GUTIERREZ – TICSE, G. (2015). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima, Perú:

HERNÁNDEZ SAMPIERI, R. y otros. (2010). *Metodología de la investigación* (5° ed.). México: Mc Graw Hill.

IBERICO CASTAÑEDA, L. F. (2016). *La impugnación en el proceso penal; análisis doctrinario y jurisprudencial*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

INFANTES VARGAS, A. (2006). *Sistema Acusatorio – Los principios rectores del Código Procesal Penal* (1° ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

LANDA ARROYO, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Volumen 1. (1° ed.). Lima, Perú: Diskcopy S.A.C.



LORCA NAVARRETE, A. M. (2011). *“Garantismo y proceso: Una lectura de la Constitución peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del derecho procesal”*. *Proceso y Constitución*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

MARTINEZ HUAMÁN, R. E. (2011). *Procedimientos Especiales – Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (1° ed.). Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.

MELGAREJO ALLEGRETTO. (2014). *“Tutela judicial efectiva y la ejecución de las resoluciones judiciales”*. *Efectividad y Ejecución de las Resoluciones Judiciales* (1° ed.). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.

MONCADA CASAFRANCA, V. (2013). *“Aciertos y desaciertos del pronunciamiento judicial recaído en la Casación N° 183-2011-HUAURA”*. *Revista Actualidad Jurídica Digital*. Tomo 3.

MONROY CABRA, M. G. (1988). *Principios del derecho procesal*. Bogotá, Colombia: Editorial Themis S.A.

MONROY GÁLVEZ, J. (2007). *Teoría General del Proceso* (1° ed.). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.

NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (1° ed.). Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

OBANDO BLANCO, V. R. (2002). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia*. (2° ed.). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.

ORÉ GUARDIA, A. (2011). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. (1° ed.). Lima, Perú: Editorial Reforma S.A.C.



ORÉ GUARDIA, A. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. (1° ed.). Lima, Perú: Editorial Reforma S.A.C.

OSSORIO, M. (2010). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales* (25° ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasa S.R.L.

PANTOJA DOMÍNGUEZ, L. (2011). “El principio de oralidad en el nuevo Código Procesal Penal”. *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 31.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2011). “Los medios de impugnación en el nuevo CPP y los principios acusatorio y dispositivo”. *Medios Impugnatorios – Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (1° ed.). Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2012). *Derecho Procesal Penal – Sistema Acusatorio Teoría del caso y Técnicas de Litigación Oral*. Tomo II. (1° ed.). Lima, Perú: Editorial RODHAS S.A.C.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2013). “La prevalencia de los principios rectores del Título Preliminar del CPP de 2004 (artículo X)”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2013). *Estudio sobre derecho penal y procesal penal*. Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

PÉREZ LÓPEZ, J. A. (2014). “Los derechos del agraviado en el Código Procesal Penal de 2004”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 57. Lima: Gaceta Jurídica.

RAMOS NÚÑEZ, C. (2002). *Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento* (2° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

REYNA ALFARO, L. M. (2011). *El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Perú: Grijley E.I.R.L.



ROSAS YATACO, J. (2009). *Derecho Procesal Penal – con aplicación al Nuevo Proceso Penal* (1° ed.). Lima – Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

SALAS ARENAS J. L. (2011). *Condena al Absuelto: Reformatio In Peius Cualitativa*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

SALAS BETETA, C. (2010). *Investigación preparatoria y etapa intermedia* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

SALAS BETETA, C. (2011). *El Proceso Penal Común* (1° ed.). Perú: Gaceta Jurídica S.A.

SALAS BETETA, C. (2013). “*Juicio previo, oral, público y contradictorio*”. *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. (1° ed.). Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

SÁNCHEZ CÓRDOVA, J. H. (2011). “*El recurso de apelación: Problemas de aplicación derivados de la reforma procesal penal*”. *Medios Impugnatorios – Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

SÁNCHEZ CÓRDOVA, J. H. y otros. (2012). *Estudio sobre los medios impugnatorios en el proceso penal* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

SANCHEZ VELARDE, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: Editorial Moreno.

SANCHEZ VELARDE, P. (2013). *Código Procesal Penal comentado* (1° ed.). Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

SAN MARTIN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. (2° ed.). Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.

SAN MARTIN CASTRO, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal* (1° ed.). Lima: Grijley E.I.R.L.



SAN MARTIN CASTRO, C. (2014). *Derecho Procesal Penal* (3° ed.). Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.

SEMINARIO SAYÁN, G. y otros. (2011). *Manual del Código Procesal Penal*. (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

VÁSQUEZ GANOZA, C. Z. (2011). *Juicio oral: Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

VILLA STEIN, J. (2010). *Los recursos procesales penales* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

VILLEGAS PAIVA, E. A. (2013). *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

VILLEGAS PAIVA, E. A. (2013). *La detención y la prisión preventiva en el nuevo código procesal penal* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta Penal y Procesal Penal.

YAIPIEN ZAPATA, V. (2011). "El derecho al recurso, la seguridad jurídica y la igualdad jurídica a propósito de la STC EXP. N° 4235-2010-PHC/TC". *Revista Actualidad Jurídica Digital*. Tomo 39.

Otras publicaciones

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2007). *Código Procesal Penal, manuales operativos*. Lima, Perú: Recuperado de: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/codig_proc_pen_manual_operat.pdf

CALDERÓN SUMARRIVA, A.(S/a). *El nuevo sistema procesal penal: Análisis crítico*. Recuperado de: <http://www.anitacalderon.com/images/general/vgya204lw.pdf>

MEZA HURTADO, A. D. (2013). *El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?*. Recuperado de:



<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>

ORÉ GUARDIA, A. (S/a). *Las garantías constitucionales del debido proceso en el nuevo código procesal penal*. Lima, Perú: Recuperado de: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-procesal-penal/Las-garantias-constitucionales-del-debido-proceso.pdf>

OSSORIO, M. (S/a). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (1° ed. Electrónica). Guatemala: Datasean S.A.

VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, M. A. (2014). *¿Puede el agraviado impugnar la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento más allá del objeto patrimonial de la causa? A propósito de la casación 353-2011-Arequipa*. Recuperado de: <https://detorquemada.wordpress.com/2014/08/21/agraviado-y-casacion-353-2011-arequipa/>

Jurisprudencia nacional

Tribunal Constitucional. (2007). Expediente N° 05085-2006-PA/TC, emitida el 13 de abril.

Tribunal Constitucional. (2008). Expediente N° 01425-2008-HC/TC, emitida el 24 de setiembre.

Tribunal Constitucional. (2010). Expediente N° 05019-2009-PHC/TC, emitida el 17 de marzo.

Tribunal Constitucional. (2011). Expediente N° 04235-2010-PHC/TC, emitida el 11 de agosto.

Tribunal Constitucional. (2013). Expediente N° 02964-2011-PHC/TC, emitida el 16 de julio.

Tribunal Constitucional. (2015). Expediente N° 01691-2010-PHC/TC, emitida el 09 de diciembre.



Tribunal Constitucional. (2016). Expediente N° 07683-2013-PHC/TC, emitida en 21 de enero.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, emitida el 02 de julio.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, emitida el 26 de setiembre.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, emitida el 04 de marzo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Mohamed vs. Argentina, emitida el 23 de noviembre.

Comité de Derechos Humanos. (2007). Observación General N° 32, publicada el 23 de agosto.



LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviaturas en negrita, sus definiciones corresponden al término que hacen referencia, especificando “abreviatura de”. También se destaca en negrita los términos a que se refieren dichas abreviaturas.

CIDH	Abreviatura de Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CP	Abreviatura de Código Penal.
CPP	Abreviatura de Código Procesal Penal.
Dr.	Abreviatura de Doctor.
E.I.R.L.	Abreviatura de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.
Et al	Abreviatura de et alii , expresión latina que significa “y otros”.
HC	Abreviatura de Hábeas Corpus.
NCPP	Abreviatura de Nuevo Código Procesal Penal.
PA	Abreviatura de Proceso de Amparo.
PHC	Abreviatura de Proceso de Habeas Corpus.
PIDCP	Abreviatura de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PUCP	Abreviatura de Pontificia Universidad Católica del Perú.
S.A.	Abreviatura de Sociedad Anónima.
S.A.C.	Abreviatura de Sociedad Anónima Cerrada.
S.R.L.	Abreviatura de Sociedad de Responsabilidad Limitada.
TC	Abreviatura de Tribunal Constitucional.
UAC	Abreviatura de Universidad Andina del Cusco.
UNMSM	Abreviatura de Universidad Nacional Mayor de San Marcos
VS.	Abreviatura de la preposición latina <i>versus</i> .



ANEXOS

ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA Y LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE DEFENSA Y PLURALIDAD DE INSTANCIAS			
Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p>Problema principal:</p> <p>¿Por qué en las Salas Penales de Apelación de Cusco se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentada en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor?</p>	<p>Objetivo general:</p> <p>Determinar porqué en las Salas Penales de Apelación de Cusco se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de instancias al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentada en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor.</p>	<p>Hipótesis general:</p> <p>En las Salas Penales de Apelación de Cusco al declarar la inadmisibilidad de los recursos de apelación de sentencias condenatorias sustentadas en la inasistencia a la audiencia de apelación del imputado apelante y/o su abogado defensor, se restringen o vulneran los derechos de defensa y pluralidad de la instancia debido a que dicha inadmisibilidad impide un pronunciamiento de fondo sobre el recurso impugnatorio presentado.</p>	<p>Tipo de investigación</p> <p>La investigación es dogmática propositiva.</p> <p>Enfoque de investigación</p> <p>Dado que el estudio que realizamos se trata de un análisis de la información extraída de las actas y los audios de las audiencias llevadas a cabo en los procesos de segunda instancia. Según lo mencionado por Hernández y otros (2010) el enfoque cualitativo “se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni completamente predeterminados. No se efectúa una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico” (p. 9)</p>
<p>Problemas específicos:</p> <p>– ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por</p>	<p>Objetivos específicos:</p> <p>– Establecer si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias</p>	<p>Hipótesis específicas</p> <p>- En las Salas Penales de Apelación de Cusco se declaran inadmisibles recursos de apelación de sentencias condenatorias interpuestos por el</p>	<p>Universo y muestra</p> <p>El universo en el presente trabajo son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Legajos de las actas de audiencias llevadas a cabo en las Salas Penales de Apelación de Cusco durante el año 2014. <p>Por otro lado, utilizamos la <i>muestra intencional o de</i></p>



<p>el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias? - ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal tomando en consideración la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional garantizando los derechos de defensa y pluralidad de instancias? - ¿En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal a efecto de garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias? - ¿En las Salas Penales de 	<p>interpuestos por el imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Verificar si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. - Establecer si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal tomando en consideración la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional garantizando los derechos de defensa y pluralidad de instancias. - Determinar si en las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal a efecto de garantizar los derechos de defensa y pluralidad de instancias. - Establecer si en las Salas Penales de Apelación de Cusco 	<p>imputado dando prevalencia al principio de oralidad frente a los derechos de defensa y pluralidad de instancias.</p> <ul style="list-style-type: none"> - En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. - En las Salas Penales de Apelación de Cusco se aplica el artículo 423.3 del Código Procesal Penal desconociendo la interpretación que del mismo efectúa el Tribunal Constitucional generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. - En las Salas Penales de Apelación de Cusco se inaplica el artículo 85.2 del Código Procesal Penal generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias. - En las Salas Penales de Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 	<p><i>conveniencia</i>, pues seleccionamos de manera directa e intencional las unidades objeto de investigación; que en el presente caso son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Actas de audiencia donde se declara inadmisibile el recurso de apelación de sentencia. - Audios de audiencias de apelación de las Salas Penales de cusco de 2014, en las que se declaran inadmisibles recursos de apelación por inasistencia del recurrente y/o abogado defensor durante el año 2014. - Audios de audiencias posteriores a la declaratoria de inadmisibilidad respecto a los casos inicialmente seleccionados. <p><i>Técnicas e instrumentos de recolección de datos</i></p> <p>Se aplicó la técnica de recolección de datos denominada “registro sistemático de datos” (Aranzamendi, 2010: 198), la misma que nos permitió obtener información contenida en las unidades objeto de investigación, señaladas en el punto anterior, vinculada al tema materia de investigación.</p> <p>Como instrumento empleamos la ficha de registro de datos (anexo N° II). La información obtenida luego de aplicar la ficha en mención, fue sistematizada en cuadros cuyo formato figura en el anexo N° III, para ser analizada posteriormente.</p>
---	--	--	--



<p>Apelación de Cusco se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias?</p>	<p>se toma en consideración la interpretación errónea que efectúa el Tribunal Constitucional del artículo 423. 3 del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.</p>	<p>del Código Procesal Penal respecto a la inasistencia del abogado defensor generando la vulneración o restricción de los derechos de defensa y pluralidad de instancias.</p>	
---	--	--	--



ANEXO II

FICHA DE REGISTRO DE DATOS

➤ Numero de sentencia: _____

➤ Delito: _____

➤ Parte apelante: _____

➤ Fundamento utilizado por la Sala:

➤ Decisión:

➤ Recurso utilizado:



ANEXO III

CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE INFORMACIÓN

Tabla N° ____: Expediente N° _____ sobre delito de _____ sancionado con _____

Audiencia de apelación de sentencia penal condenatoria de fecha _____	
Pronunciamiento del representante del Ministerio Público	
Pronunciamiento del abogado de la parte agraviada	
Pronunciamiento del abogado del imputado	
Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones	
Presentación de recurso de reposición	
Decisión de la Sala Penal de Apelaciones	
Sentencia de Vista	
Presentación de recurso de casación	
Consentimiento	
Ejecución	

Elaboración propia.