



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

DERECHO AL RECURSO DEL CONDENADO EN SEGUNDA INSTANCIA

Silvia Neyra-Herrera

Piura, septiembre de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)



UNIVERSIDAD DE PIURA

MAESTRÍA EN DERECHO

MADE

DERECHO AL RECURSO DEL CONDENADO EN SEGUNDA INSTANCIA

Tesis de Maestría

Dirigida por la profesora

DRA. SUSANA MOSQUERA MONELOS

SILVIA DEL CARMEN NEYRA HERRERA

Piura 2015

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por iluminarme siempre, a mi madre por haber sido un ejemplo de perseverancia y por guiarme desde el cielo, a mi familia por su comprensión y apoyo. Y a mí asesora por su apoyo incondicional.

RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo, establecer si el derecho al recurso le corresponde a todas las partes en un proceso penal o es una garantía exclusiva del condenado. Algunos autores refieren que por el principio de igualdad, le correspondería a todas las partes, por ende bastará solo con el doble grado de jurisdicción para garantizar este derecho. Otros por el contrario señalan que es una garantía exclusiva del condenado, por ende es necesario un doble conforme de la condena. A fin de llegar a un consenso respecto a esta problemática, nos remitiremos a lo establecido en el artículo 8.2.h de la CADH, y más específicamente al artículo 14.5 de la PIDCP. Asimismo en el presente trabajo se menciona diversos casos de la CorteIDH, en donde se ha establecido estándares respecto a este derecho, siendo el más resaltante el caso Mohamed Vs. Argentina. Igualmente se indicará cómo la jurisprudencia Argentina ha recepcionado el doble conforme después del caso Mohamed. Asimismo se señalará propuestas de solución, a fin de garantizar el derecho al recurso del condenado por primera vez en segunda instancia en el Código Procesal Penal Peruano.

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

I. CONCEPTOS BÁSICOS

II. DERECHO AL RECURSO

1. Impugnación
2. Clases de Impugnación
 - a) En sentido stricto
 - b) En sentido amplio
3. Axiología del derecho al recurso
4. El recurso como medio de control funcional
5. Posiciones doctrinales
 - a) Posiciones en contra
 - b) Posiciones a favor
6. Aspectos del derecho al recurso
7. instancia única y doble instancia

III. EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA PROCESAL BÁSICA EN DERECHO INTERNACIONAL

1. Interpretación del Comité de Derechos Humanos
 - a) General
 - b) Casos españoles ante el Comité
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - a) Una segunda instancia que no cumple las garantías mínimas
 - a.1. Fuero incompetente
 - a.2. Irregularidades en el acceso al recurso
 - a.3. No hay revisión de la decisión recurrida

- b) No hay segunda instancia
 - b.1. Aforados
 - b.2. El caso argentino
- 3. Enseñanzas del marco internacional

IV. PROPUESTAS PARA GARANTIZAR AL ABSUELTO EL ACCESO A UN RECURSO DE SEGUNDA INSTANCIA EN EL PERÚ

- 1. Modelos de segunda instancia
 - a) Doble grado de jurisdicción
 - b) Doble conforme
 - c) Presupuestos necesarios para que se dé la doble instancia
- 2. Regulación peruana
- 3. Propuestas de solución
 - a) Que el tribunal de alzada se abstenga de condenar en segunda instancia
 - b) Que se permita un recurso de casación amplio
 - c) Interponer un proceso de amparo
 - d) Eliminar la posibilidad de la condena del absuelto
 - e) Que solo pueda apelar el condenado
 - f) Se habilite para que otra sala del mismo nivel que ha resuelto la condena por primera vez en segunda instancia conozca el caso.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

- **CADH.** Convención Americana de Derechos Humanos.
- **PIDCP.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- **CorteIDH.** Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- **STC.** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **CPP.** Código Procesal Penal.
- **PPCABA.** Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

El tema surge de la incógnita ¿si el derecho al recurso es una garantía constitucional a favor de todas las partes, o tan solo de la persona que ha sido condenado por primera vez en un proceso penal? A partir de la respuesta a esta interrogante podremos determinar, si para garantizar este derecho es suficiente la doble instancia o el doble grado de jurisdicción, y consecuentemente con ello saber si con la regulación de la condena del absuelto en los artículos 419.2 (última parte)¹ y 425.3.b² del Código Procesal Penal, existe un recurso a fin de garantizar el derecho al recurso.

A fin de resolver estas preguntas se han desarrollado este trabajo en cuatro capítulos. En el primer capítulo se señalan conceptos básicos que van a permitir entender el desarrollo del tema. El segundo capítulo se ha denominado derecho al recurso. En este acápite a fin de entender este derecho y ubicarlo dentro de la impugnación, se estudiará la impugnación concebida como la facultad que tienen las partes para que puedan solicitar se modifique, revoque o se declare nula la decisión; además se indicarán las clases de impugnación, en sentido amplio y estricto. La primera se refiere a resoluciones que han alcanzado firmeza, verbigracia la revisión; y el segundo a resoluciones que no han alcanzado firmeza, dentro de los cuales están los remedios y recursos. Estos últimos se clasificarán en ordinarios y extraordinarios, correspondiendo el derecho al recurso del condenado a la primera clasificación –ordinarios-. Asimismo, a fin de fijar el nivel de conocimiento de los medios probatorios, por parte los jueces superiores para resolver la segunda instancia, se estudiarán los tres sistemas de apelación –plena, limitada, y ecléctica o mixta-, y se concluirá señalando las razones de porqué al parecer la postura que asume el Código Procesal Penal es la mixta.

¹«El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria».

² «Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez».

Otro tema que se tratará, es la axiología del derecho al recurso, porque la finalidad de todo proceso jurisdiccional es la resolución justa del caso. También en este segundo capítulo se indicará el advenimiento de este derecho, y cómo fue entendido en sus inicios –control jerárquico-. Además se analizarán las posiciones a favor y en contra del derecho al recurso. Dentro de esta última posición, encontramos a Capelletti y Giovanni Priori quienes manifiestan que la segunda instancia es una perniciosa desvalorización del juicio, con la que se afecta la tutela judicial efectiva. Asimismo existe una concepción intimista del proceso, consistente en que el Juez que ha presenciado la práctica de las pruebas sea quien dicte el fallo. Por otro lado, las posiciones a favor sostienen: a) desde el punto de vista de las partes, que el recurso es necesario, porque se trata de un instrumento más para lograr neutralizar el ejercicio arbitrario del poder penal del Estado, y de una herramienta que amplifica el derecho de defensa de la persona sometida a una acusación de carácter penal; y b) Desde el punto de vista del Estado, la doble revisión a cargo de jueces diversos es deseable porque afina y pule la forma de ejercicio de una función que le es propia, y será el vehículo que el Estado aproveche para crear jurisprudencia, y predictibilidad en las decisiones; c) igualmente se verificará que es necesaria por la falibilidad humana, aunque algunos autores como Mercedes Pérez no están de acuerdo con ello.

Además se verán tres aspectos del derecho al recurso, el primero está relacionado con el acceso, el mismo que debe ser fácil, sin mayores complejidades y requisitos que hagan inviable e ilusorio dicho derecho. El segundo con la necesidad de un tipo o naturaleza del examen recursivo, lo cual debe permitir la revisión íntegra de la sentencia condenatoria. Y el tercero relacionado con la calidad de conocimiento o decisión del recurso como manifestación de la tutela judicial efectiva. Finalmente en este capítulo se estudiará el fundamento de cada una de las posturas – instancia única y doble instancia-, la primera se sustentará en la brevedad, simplicidad y economía del proceso; y la segunda en la resolución justa del caso concreto y la doble conformidad judicial.

El capítulo III, lleva por título el derecho al recurso como garantía procesal básica en el derecho internacional. En este apartado se estudiarán las dos convenciones sobre Derechos Humanos que en el Perú regulan el derecho al recurso: la Convención Americana de

Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 párrafo 5. Además se analizarán los dictámenes y sentencias relativos al derecho al recurso que emanan respectivamente del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello a fin de entender el alcance del derecho al recurso en los dos instrumentos internacionales antes indicados. Además se estudiarán las enseñanzas del marco internacional, y se verificará que a raíz de que España ha sido responsabilizada en varios casos, por el hecho que en los delitos más graves tenía instancia única, no permitiendo que hubiese un recurso que permitiese la revisión integral del fallo. Este país a través de su Tribunal Constitucional en la STC 70/2002, 80/2003, a fin de garantizar el derecho al recurso y evitar sucesivas violaciones, ha entendido que la casación penal cumple las exigencias de los tratados internacionales sobre el derecho del penado a la revisión de la condena. Igualmente veremos que después del caso Mohamed, Argentina, es respetuoso del derecho al recurso del condenado por primera vez, en los casos Duarte y Cromañon, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dio una creativa solución, al decidir que la revisión íntegra de la sentencia de condena se dé por otro órgano de la misma jerarquía al que sentenció.

El Capítulo IV se ha denominado, propuestas para garantizar al absuelto el acceso a un recurso de segunda instancia en el Perú. En este punto se analizarán los modelos de segunda instancia, que son básicamente dos: el doble grado de jurisdicción y doble conforme. El primero también denominado doble instancia, es entendido como la legitimación de las partes –órgano acusador y sentenciado- para interponer un recurso y que el órgano jurisdiccional revise por segunda vez en su integridad la decisión. Con esta postura están de acuerdo Montero Aroca, Doig Díaz, San Martín Castro, e Iberico Castañeda; finalmente se verá un caso práctico peruano en donde se reconoce la doble instancia - Consulta N° 2491-2010 de fecha 14 de diciembre de 2010-. Por otro lado, el doble conforme o también llamado doble conformidad es considerado una garantía procesal que exige para ejecutar la pena contra una persona una doble conformidad, si el condenado así lo solicita; esta postura es defendida por Maier, López Masle y Vegas Torres. La CorteIDH ha indicado que la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el

fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al tiempo que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado, obteniéndose con ello la doble conformidad judicial³. Finalmente se mencionará la Casación N° 40-2012-AMAZONAS, la misma que ratifica la doble conformidad.

También en este capítulo se indicarán los requisitos que se deben cumplir para acceder a la doble instancia, estos son: debe haber un proceso pendiente, la parte perjudicada lo interponga, que se señale la afectación, y debe haber una primera decisión válida. Sobre este último presupuesto se mencionarán dos casos en donde no se cumple con dicho requisito – sentencias de segunda instancia, emitidas por la Sala Penal de Apelaciones, en los expedientes N° 00042-2013-88-3101-JR-PE-03 y N° 04721-2011-87-3102-JR-PE-01-; y además se indicará un caso donde sí se cumple con dicho requisito – sentencia de segunda instancia contenida en el expediente N°01866-2011-0-3101- JR-PE-01-.

Asimismo se analizará la regulación peruana del derecho al recurso, verificándose que con esta denominación, no se encuentra establecido en nuestra norma suprema, pero sí en la CADH y en el PIDCP, los mismos que han sido ratificados por el Perú, por ende este derecho forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene rango constitucional. Además se estudiará una nueva figura que se ha establecido en los artículos 419.2 (última parte) y 425.3.b del Código Procesal Penal que es “la condena del absuelto”. A su vez se analizará, si el recurso de casación, tal como está regulado sirve para garantizar el derecho al recurso del condenado. También en este capítulo, al verificar que en el Perú, no existe un recurso ordinario, se propondrán soluciones a fin de garantizar este derecho.

³ Vid. Corte/DH. Caso Barreto Leiva. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre del 2009. Fondo Reparación y Costas. Serie C, N° 206. párrafo 89. Corte/DH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276. Párrafo 49. Corte/DH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche). Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 279. párrafo 279.

I. CONCEPTOS BÁSICOS

Presentamos conceptos necesarios para posterior análisis.

Presunción de inocencia. Comporta, que la carga de la prueba la tiene la acusación, el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas y aportadas al proceso con todas las garantías, a través de las cuales puedan considerarse acreditados, mediante una inferencia conforme a las reglas de la ciencia y experiencia, todos los elementos fácticos del hecho punible, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada, y la intervención del acusado en el mismo. Este derecho tiene un contenido complejo que incluye varias reglas: una regla sobre la carga de la prueba, otra referida a las condiciones de validez de las pruebas -la prohibición de que la condena se sustente en pruebas originariamente ilícitas o que deriven en relación de antijuridicidad de pruebas ilícitas -, otra referida a las condiciones de validez de la valoración de las pruebas y del debate sobre las mismas -inmediación, contradicción, publicidad y oralidad-, y una última referida a la suficiencia de las pruebas para enervar la presunción de inocencia - que los hechos y la intervención del acusado se hayan acreditado con inferencias que no sean ni ilógicas ni excesivamente débiles-⁴.

Principio de concentración. Aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos⁵. Por ejemplo podría ser el caso del juicio oral, el mismo que se da en las menos sesiones posibles, es decir se tratará que los órgano de prueba, las documentales y las demás pruebas sean actuadas lo más rápido posible.

⁴ Vid. PEREZ MANZANO, Mercedes. La Reforma de la ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal. *En La Ley*, núm 6566, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, Nº 4, 2006, pp. 1751-1770.

⁵ COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª edición. Ed. B de F. Buenos Aires. 2002, p. 163.

Proceso. Secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión⁶. El proceso es un medio para ayudar a que las situaciones de conflicto se resuelvan con justicia. En la Constitución Política del Perú se señala en los incisos 3 y 10 del artículo 2, que son principios y derechos de la función jurisdiccional que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, y además de no ser penado sin proceso judicial.

Proceso justo. Debe analizarse a través de la toma en consideración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías, porque será justo si se cumple con estos derechos.

Jurisdicción. Función pública, realizada por órganos competentes, con las formas requeridas en la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución⁷. La jurisdicción es declarativa y constitutiva, porque declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada. La jurisdicción penal es tuitiva, es decir necesariamente determinada por ley.

Instancia. Según explicaba Couture, instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva, o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte⁸. De allí que se hable de sentencia de única, primera o de segunda instancia. El proceso se desenvuelve en instancias o grados. La relación que existe entre proceso e instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo y la instancia es un fragmento o parte del proceso⁹.

⁶ Ibídem, p. 99.

⁷ Ibídem, p. 34.

⁸ Ibídem, p. 139.

⁹ Ibídem, p. 140.

Garantías constitucionales del proceso. Nos referimos al conjunto de derechos públicos subjetivos conferidos de modo expreso o implícito a los justiciables por los principios fundamentales de la Constitución, asegurándoles las condiciones necesarias y suficientes para el logro de una solución justa y eficaz de los litigios¹⁰, verbigracia una persona tiene derecho a la defensa técnica desde que se le imputa un hecho.

Cosa Juzgada. Es un efecto de las resoluciones que han dado solución a un determinado caso. Existe cosa juzgada formal y cosa juzgada material; la primera se refiere a los efectos de la resolución dentro del ámbito procesal, que hace a la decisión inimpugnable, ya que la resolución investida por ella no puede ser impugnada por las partes y es obligatoria. Mientras que la cosa juzgada material contempla la proyección de los efectos hacia fuera del proceso, pues, lo decidido por el órgano jurisdiccional no puede ser discutido en el futuro. La cosa juzgada formal y material son diferentes: la primera es presupuesto de la segunda. Las resoluciones que deciden sobre cuestiones de orden (procedimiento) pueden llegar a tener autoridad de cosa juzgada formal, pero únicamente las resoluciones que deciden sobre cuestiones de fondo pueden pasar a ser cosa juzgada material¹¹. Los medios probatorios que pueden oponerse a las resoluciones dotadas de autoridad de cosa juzgada se denominan excepcionales y puede ser los recursos de revisión; en estos abra un juicio sobre una sentencia, un proceso sobre otro; por tal circunstancia –advierde- no se examina el derecho formal o material de alguien; lo que revisa es una providencia firme y de ahí que la revisión posea autonomía propia¹². Hitters señala diferencias entre revisión y recursos¹³: 1) La revisión va contra decisiones firmes, los recursos obviamente no. 2) En los recursos la eficacia depende de que la resolución adolezca de vicios en relación con una determinada situación necesariamente precedente a la misma, o con una norma jurídica de vigencia igualmente anterior a la propia decisión. En cambio, en la revisión, los defectos que pueden

¹⁰ Vid. GOZAÍNI, Oswaldo A. *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires. Depalma. 1994, pp. 238-239.

¹¹ Vid. BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. «Concepto y sistemática de los medios impugnatorios». En *Los recursos y la organización judicial en materia civil*. Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, México 1976, pp. 43/44.

¹² Citado por HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. Librería editora Platense. Buenos Aires Argentina. Segunda Edición 2001, p. 15.

¹³ *Ibíd*em, pp. 13-14.

dar lugar a la retractación han de ponerse de relieve en consonancia con situaciones fácticas conocidas con posterioridad al fallo que se pretende invalidar, mientras que jamás puede producirse por vicio de tipo jurídico. 3) Para recurrir solo están legitimados las partes que han sufrido el perjuicio, en tanto que la revisión puede ser solicitada –por regla- también por los herederos y aún por los terceros afectados. 4) Los recursos generalmente tienen efecto suspensivo¹⁴; la revisión en principio no. 5) El Juez que resuelve los recursos tiene el mismo conocimiento e idénticos poderes que el *a quo*, en tanto el que conoce de la revisión está limitado sea por la naturaleza del contralor que le es dable hacer o por la necesidad de una investigación previa de admisión.

Casación positiva. La doctrina considera que cuando exista una sentencia dictada por un tribunal de juicio, que no hubiera observado o hubiera aplicado erróneamente la ley sustantiva, el tribunal superior la casará y la resolverá¹⁵.

Casación negativa. Supone un reenvío ilegítimo de la causa, ya que el tribunal de alzada en vez de casar la sentencia y resolver lo que hace es enviar la causa al *a quo* para que lleve adelante un nuevo juicio y subsane los vicios precedentes¹⁶.

Double jeopardy. Cuando se habla de *double jeopardy* se quiere decir que, en el proceso penal, al imputado se le está haciendo correr un doble (nuevo) riesgo de ser condenado, o de ser agravada la pena que ha sido impuesta con anterioridad. La jurisprudencia norteamericana se ha ocupado de consolidar, como fundamento, la necesidad de proteger al

¹⁴ El efecto suspensivo impide la ejecución o cumplimiento de la resolución recurrida, quedando así suspendida su eficacia hasta tanto no quede firme la decisión del Juez *ad quem*. Tal efecto hace que le esté vedado al inferior jerárquico innovar la situación existente por lo que se encuentra impedido de exigir el cumplimiento de la decisión sujeta al examen del órgano jurisdiccional de alzada. El magistrado que emitió la resolución impugnada puede, sin embargo, seguir conociendo de aquellos asuntos no comprendidos en la reclamación como los tramitados en cuaderno aparte, así como ordenar medidas cautelares destinadas a impedir que pueda tornarse ilusorio el derecho del interesado. Sin efecto suspensivo, el recurso de apelación concedido supone el mantenimiento de la eficacia de la resolución recurrida, o sea que resulta exigible su cumplimiento. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Resoluciones judiciales y cosa juzgada*. Gaceta Jurídica. Lima. 2006, pp. 349-350.

¹⁵ COIAZZET, A. «El fallo Duarte y la nueva legislación procesal penal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?». pp. 179-180. EN LETRA – año II, número 3 (2015), tomo I.

¹⁶ *Ibidem*, p. 183.

imputado frente al abuso del poder estatal¹⁷. En el fallo «Green vs. United States» la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que el Estado no puede realizar reiterados intentos por condenar a una persona, ni obligarla a vivir en un permanente estado de inseguridad e incertidumbre, aumentando la posibilidad de declararla culpable aun cuando fuera inocente. De igual manera, en el fallo «Kepner vs. United States», se estableció como *holding* del fallo que el acusador público no tiene el poder de apelar una absolución ya que importaría someter al imputado a un nuevo juicio por el mismo delito¹⁸. Asimismo es de precisar, que en la V Enmienda de la Constitución norteamericana se establece la vigencia de *doublé jeopardy*, el mismo reza: « [n]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb»¹⁹. En un sentido literal, esto se traduce como: “tampoco ninguna persona estará sujeta por el mismo delito que le puso dos veces en peligro de perder la vida o la integridad física”²⁰. El sentido, entonces, con el que debe comprenderse la noción de *double jeopardy* es el de impedir que el Estado vuelva a poner al imputado frente al riesgo de ser condenado, o que se le aumente la pena impuesta.

¹⁷ Vid. CARRIÓ, A. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 2014, p. 639.

¹⁸ COIAZZET, A. «El fallo Duarte y la nueva legislación procesal penal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?», op. cit. p. 185.

¹⁹ Constitución de los Estados Unidos de América.

²⁰ COIAZZET, A. «El fallo Duarte y la nueva legislación procesal penal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?», op. cit. p. 185.

II. DERECHO AL RECURSO

Para entender y determinar el derecho al recurso se comenzará estudiando lo que es la impugnación en general, ello porque nos permitirá entender de una mejor manera el derecho al recurso, y específicamente el derecho al recurso del condenado.

1. Impugnación

La impugnación, en su esencia, es abstracta. En tal sentido, tiene origen constitucional ya que se entronca en clásicas garantías como la del “debido proceso legal”, “derecho al recurso” y “la pluralidad de la instancia”. Desde el punto de vista sustancial su contenido es “una pretensión revisora” de una resolución judicial y las vías legales para su ejercicio son las fijadas por el derecho procesal. Así se tiene que en el caso del Código Procesal Penal la impugnación está regulada en el libro cuarto.

La impugnación procesal es un poder que se esgrime en el proceso tendiente a modificar, eliminar, sustituir o revocar un acto de proceso dictado con ilegalidad o injusticia²¹. Su procedencia supone la invocación de un vicio o agravio material o moral que puede referirse a la apreciación de los hechos, o a un defecto a una inadecuada aplicación del derecho; es decir, motivos sustanciales o defectos formales en el trámite o en la sentencia. En ese sentido, dentro de un sistema o proceso, se establecen medios de impugnación a disposición de las partes para intentar la reforma o declarar la nulidad de las resoluciones judiciales. Estos medios impugnatorios tienen su origen en la posibilidad de error humano, posibilidad que aconseja, o por lo menos debe permitir, que se examine más de una vez la pretensión - resistencia para evitar, en lo posible decisiones injustas²². Los jueces también

²¹ Cfr. CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal*. Depalma. Buenos Aires. 1982, p. 27.

²² Vid. «Se parte del presupuesto de la falibilidad» ver en. HITTERS, op. cit. p. 12. «El fundamento de la impugnación no es otro que la falibilidad humana. La impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador y con ello lograr la eficacia del acto jurisdiccional». Ver en CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra editores. Lima 2009. Pág. 511. MONTERO AROCA, Juan. Los medios de Impugnación. Pág. 720 y ss. Consultado el 11 de enero de 2015, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/89/art/art15.pdf>.

son hombres, decía Calamandrei²³. En ese sentido resulta necesaria la impugnación, máxime si lo que se busca en el proceso es llegar a una decisión justa.

Kelsen señalaba que el derecho a impugnar el fallo no es otra cosa que la facultad – comprendida en el derecho de acción contradicción- de lograr ante un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior (y en casos excepcionales ante el mismo juzgador que ha emitido la primera sentencia) un nuevo examen de una controversia que ha sido objeto de una litis precedente²⁴. Y ello es así porque la persona procesada tendrá derecho a través de su defensa técnica a contradecir los fundamentos de la resolución emitida, y de esta manera lograr que un órgano judicial superior revise la decisión.

Resulta necesario indicar que existen clases de impugnación, dentro de las cuales tenemos a la impugnación en sentido estricto y en sentido amplio, esta diferenciación será necesaria en el presente trabajo porque nos permitirá ubicar el derecho al recurso del condenado. En ese sentido pasaremos a estudiar dichas impugnaciones.

2. Clases de Impugnación

a) En sentido estricto

La impugnación se refiere a resoluciones que no han alcanzado firmeza, incidiendo sobre un proceso todavía pendiente y prolongando su pendencia, con lo que abre una nueva fase o periodo del mismo, en el que la pretensión y resistencia ejercitadas son las mismas que las de primera instancia. Es decir la impugnación se dará en el mismo proceso.

Dentro de esta clase de impugnación deben distinguirse entre *remedios y recursos*. Los primeros no tienen efecto devolutivo, algunos los describen como de efecto retentivo²⁵, por

²³ CALAMANDREI. *La casación civil*. Trad. S. SENTIS MELENDO, 1945, Bibliografía Argentina VII, pp. 202 y 206. .

²⁴ KELSEN, citado en HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. op. cit. p. 12.

²⁵ Vid. BANQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. *Los Recursos y la organización judicial en materia civil*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. México. 1976, p. 39.

lo que conocerá de ella el mismo órgano judicial que dictó la resolución que se impugna. Como ejemplo se tiene el recurso de reposición establecido en el artículo 415° del Código Procesal Penal, el mismo que procederá contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda.

En los recursos el efecto devolutivo pertenece a su esencia, conociendo de ellos un órgano distinto y superior al que dictó la resolución que se impugna, con lo que aparece la distinción entre órgano inferior (*a quo*) y órgano superior (*ad quem*)²⁶, la impugnación debe llevarse ante un órgano superior (de alzada). La denominación de efecto devolutivo es muy antigua e ingeniosa, pues consideraban los doctrinarios que la jurisdicción, como función estatal, era delegada por el monarca a órganos de mayor jerarquía y de estos a órganos de menor jerarquía, y por defecto de la interposición de los recursos ante el órgano de menor jerarquía, este último se encontraba obligado a devolver la facultad que le había delegado, para que el superior juzgara el asunto²⁷, y así emitiera su decisión final, la misma que debía cumplirse. Además es de indicar que desde el punto de vista procesal los recursos no son nuevos procesos sino una pluralidad de procedimientos dentro de una misma relación procesal²⁸, en donde una decisión aún no se ha declarado firme.

En esta clase de recursos, encontramos los *ordinarios* y *extraordinarios*; estos últimos constituyen un modo particular y limitado de impugnación; solo procede por motivos concretos preestablecidos en la ley. Están restringidos a aspectos estrictamente legales, ya que el órgano judicial no se pronuncia sobre la totalidad de la cuestión litigiosa sino solamente sobre lo expresamente autorizado en la Ley. Rige el principio de adecuación

²⁶ MONTERO AROCA, Juan. Los medios de Impugnación. pp. 720 y ss. Consultado el 11 de enero de 2015, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/89/art/art15.pdf>

²⁷ Cfr. Miguel y Romeo y Miguel y Alonso, Carlos de. *Derecho procesal practico*, 11ª ed. Barcelona, Bosch, 1967, t. I. p. 247. Asimismo se indica que el efecto devolutivo, en tanto, “transfiere” o “devuelve” las actuaciones al superior para que decida el embate. En síntesis, “el efectos suspensivo – detiene –por regla- las consecuencias del dispositivo sentencial, y hace que el judicante se desprenda de las actuaciones aunque el fallador mantiene una competencia residual pues, como es sabido, está facultado para aclarar su proveimiento”. FERREYRA DE LA RÚA, Angélica y BERTOLDI DE FOURCADE María Virginia. «El recurso en procedimiento de familia». En AYAN, Manuel (director). *Impugnaciones en el Proceso Penal*. Alveroni. Córdoba 2009, pp. 117/118.

²⁸ CHIOVENDA, José. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. GOMEZ ORBAÑEJA. Rev. Der. Priv, Madrid. 1936. v. III, p. 355.

normativa y taxatividad legal²⁹. Así tenemos al recurso de casación regulado en la sección V del libro cuarto del Código Procesal Penal (artículo 427 a 436). Por otro lado, los *recursos ordinarios* se caracterizan por la amplitud de las facultades revisoras del tribunal de alzada que pueden reexaminar tanto los hechos como su calificación jurídica. Son instituciones esencialmente devolutivas ya que implican un doble orden jurisdiccional: un juez inferior que resuelve y otro superior que revisa teniendo igual ámbito que tenía el inferior³⁰, es decir tendrá la facultad de revisión integral de la decisión. Chiovenda señala que «todo lo que hace en el grado inferior tiene carácter provisional; esto es, subordina al éxito del juicio de apelación pendiente»³¹, ello en cierta manera es verdad porque la decisión del órgano superior es la que se ejecutará.

Asimismo, es preciso indicar que existen sistemas en donde la segunda instancia tiene una *amplitud de examen total*, y hay otros en donde la revisión es netamente de lo que se ha dado en primera instancia. A estos sistemas generalmente se les denomina apelación plena y limitada, además existe entre ambas una postura intermedia. A continuación veremos cada una de ellos.

➤ **Apelación plena.** En este modelo, la segunda instancia es entendida como una continuación del primer proceso (*novum iudicium*), en el que va a existir un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto. En este caso la revisión, como ya se dijo supone que el tribunal superior, al realizar el examen del caso, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con los que contó el tribunal de primera instancia, más aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento seguido en la segunda instancia. Se permite a las partes, en esta configuración de segunda instancia,

²⁹ Vid. GONZÁLES ZAMAR, Leonardo, en FERREYRA DE LA RÚA, Angélica y BERTOLDI DE FOURCADE María Virginia. «El recurso en procedimiento de familia», op. cit. p. 366.

³⁰ Ibídem, p. 118. FERREIRA DE LA RÚA, Angelina – GONZALES DE LA VEGA DE OPL, Cristina. *Código civil y comercial de la provincia de Córdoba comentado*. Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 584.

³¹ CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Reus. Madrid. T.II. 1925, p 509. Consultado el 09 de julio de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/761/1.pdf>.

adicionar alegaciones de hecho y proponer y practicar nuevos medios de prueba³² con lo cual el tribunal superior cuenta para tomar la decisión con elementos de los que no tuvo conocimiento el tribunal inferior, más aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento seguido en la segunda instancia.

En cuanto al material probatorio en la apelación plena que puede ser admitido en la segunda fase, no existe prácticamente ningún tipo de limitación, en tanto permite hasta tres modalidades: a) Los materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en la primera instancia; b) Los materiales anteriores a la finalización de la etapa que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad; y c) Los materiales no utilizados voluntariamente en la primera instancia, reservándose por estrategia actuarlas en segunda instancia.

En algunos ordenamientos jurídicos se ha concebido la segunda instancia como un nuevo juicio, en la que el tribunal superior recibe *ex novo* todos los materiales de hecho de la primera; se permitiría aportar ante él cualquier material nuevo, completar las pretensiones planteadas en la primera instancia e incluso ejercitar nuevas pretensiones, de modo que ocupa la misma posición frente al asunto que el de la primera instancia³³. Verbigracia, podría ser el caso de una persona que ha sido sentenciada en primera instancia a seis años de pena privativa de la libertad por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, ante lo cual la defensa técnica interpone un recurso para que el caso sea revisado en segunda instancia, y su fundamento para ello es que el arma ha sido sembrada por los policías, e

³² MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, p. 242.

³³ Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFAN, Fany Soledad (Coordinadores). *El nuevo proceso penal estudios fundamentales*. Palestra. Lima. 2005, p. 546, «Una de las características de este tipo de apelaciones es la admisión del conjunto de alegaciones esgrimidas en primera instancia, a las que se añaden los nuevos medios de ataque y defensa que no hubieren sido utilizados anteriormente, que pasan a integrar el objeto procesal mediante la introducción de hechos no contemplados y pruebas no practicadas en la instancia precedente.». QUISPE FARFAN, Fany Soledad. *El nuevo proceso penal estudios fundamentales*. Palestra. Lima. 2005, p. 201. MORENO CATENA, Víctor. El recurso de apelación y la doble instancia penal. Pág. 16 Consultado el 04 de febrero de 2015 en: http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/recurso_apelacion.pdf.

indica recién en segunda instancia que tiene órganos de prueba³⁴ y fotografías que lo acreditan, si es con este modelo tendría que actuarse todo lo que se llevó en primera instancia, más los órganos de prueba y las fotografías que no presentó en primera instancia, y sobre ello emitir su decisión el órgano superior.

➤ **Apelación limitada.** A diferencia de la apelación plena, la limitada obliga al tribunal superior a basar su examen y decisión en los mismos materiales que tuvo a su disposición el tribunal inferior, sin que las partes puedan adicionar hechos nuevos o proponer y rendir nuevas pruebas³⁵. En este modelo, la apelación no es autónoma de la primera instancia, sino complementaria, en la medida que el órgano que conoce en segunda instancia se limita a efectuar un control meramente negativo, en el que no formula nuevas declaraciones.

También, es preciso señalar que en este tipo de apelación las partes no podrán deducir nuevas excepciones y medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan propuesto en primera instancia. En este modelo, el órgano *ad quem* opera desde el punto de vista del juez *a quo*, de modo que se plantea si, con base en los materiales con que contó el juez de primera instancia, debía haber dictado otra y más acertada sentencia³⁶. Siguiendo con el ejemplo planteado, en este modelo, las pruebas presentadas por la defensa técnica para acreditar que a su patrocinado le han puesto el arma, no serían admitidas porque solo se revisará lo actuado en primera instancia y en mérito a ello el órgano superior emitirá su pronunciamiento.

➤ **Modelo mixto.** Con este sistema el órgano judicial superior podrá revisar todo lo actuado en primera instancia, pero no repitiendo el juicio en su integridad. Pues en esta segunda instancia este órgano podrá llamar a testigos que han declarado en primera instancia y que sean indispensables por los principios de inmediación o contradicción, asimismo podrá dar lectura de las documentales. Asimismo las partes podrán presentar

³⁴ Órganos de prueba significa según el Código Procesal Penal testigos.

³⁵ MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado de recursos en el proceso civil*, op. cit. p. 242.

³⁶ PRIETO-CASTRO, citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFAN, Fany Soledad (Coordinadores). *El nuevo proceso penal estudios fundamentales*, op. cit. p. 546.

nuevos medios probatorios, siendo admitidos, siempre y cuando los mismos cumplan una serie de requisitos.

- ¿Qué postura asume el Código Procesal Penal peruano –apelación plena, limitada o mixta-?

En el caso peruano el Código Procesal Penal parece asumir la postura mixta, porque según el artículo 422° de dicho cuerpo normativo se establece que el escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, el aporte que espera de la prueba ofrecida, además solo se admitirá los medios de prueba que cumplan los siguientes requisitos: a) que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, c) los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Igualmente el artículo en mención en su inciso 5 prescribe que la Sala mediante auto, en el plazo de tres días, podrá citar aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio. También es necesario indicar, que según el artículo 424 se establece que el interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia, salvo que decidan abstenerse de declarar, y se podrá dar lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes. Aparte de ello, se establece en el artículo 425 inciso 2 una limitación para el órgano superior, en el sentido de que por un tema de inmediación, no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Con relación a este último tema existe la Casación N° 005-2007-Huaura, de fecha 11 de octubre de 2007, en donde en el considerando sétimo establece que «existen “zonas oscuras”, los mismos que son los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la intermediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en sus discursos etc.)- y por ende no son susceptibles de supervisión y control en la apelación; empero también existen zonas “zonas abiertas” las cuales si son accesibles al control judicial en segunda instancia, los mismos que -pueden ser fiscalizadas a través de las reglas de la experiencia, la lógica y los conocimientos científicos».

b) En sentido amplio

La impugnación incluye resoluciones que han alcanzado firmeza, refiriéndose a procesos que han terminado ya, por lo que la impugnación abre un proceso nuevo por medio de una pretensión distinta de la que fue resuelta. En este caso encontramos a la acción de revisión, la misma que se encuentra establecida en la sección 7 del libro cuarto del Código Procesal Penal (artículo 439 a 445).

- Precisiones a tener en cuenta

Teniendo en cuenta lo anteriormente indicado, es importante precisar que no se puede confundir medio impugnatorio con recurso, porque el primero es el género y el segundo es la especie. El recurso está incluido dentro de una calificación del medio impugnatorio, y a través de él, las partes podrán solicitar al mismo juez que dictó la resolución o a su superior jerárquico, que examine de nuevo y se pronuncie respecto de una cuestión fáctica o jurídica que ha sido objeto de dicha resolución y que resulta perjudicial para el recurrente para que la anule o la sustituya por otra más favorable al recurrente. Asimismo es necesario señalar, que lo que se estudiará en el presente trabajo es el recurso ordinario en materia penal, ello por cuanto, es una garantía del condenado que le corresponde a fin de que el fallo de primera instancia sea revisado de forma integral por el órgano superior.

3. Axiología del derecho al recurso

La finalidad del proceso jurisdiccional es la resolución justa de un caso, por ello no basta, con poner el acento de forma casi exclusiva en que el proceso será un instrumento para que la jurisdicción aplique el derecho objetivo al caso concreto, sin advertir en ello lo importante que es apuntar a un presupuesto fundamental, cual es que dicha función no sea posible si no se dota a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes para el asunto de que se trate, y además si no se reconocen garantías para las personas procesadas; circunstancias que en último término acaban constituyéndose en condición necesaria para el establecimiento de los hechos, interpretación y aplicación al caso concreto. Solo entonces se puede afirmar que el proceso no es únicamente un medio para la solución de conflictos, sino más bien un medio para producir la decisión justa, entendida la misma como una decisión que suponga la aplicación correcta del derecho, por ello es necesario el derecho al recurso que va a permitir la revisión total del órgano inferior.

Cuando el análisis inicia desde la exigencia del derecho al recurso incardinado en el debido proceso, y dentro de él en la tutela judicial efectiva, resulta fundamental tal consideración precedente, porque añade un excelente argumento teórico, en el sentido en que la exigencia de un derecho al recurso aparece naturalmente requerido por el justo proceso en cuanto medio procesal – epistémico dispuesto en el proceso para la obtención de decisiones correctas o justas. De aquí resulta entonces que el recurso es garantía procesal y, al mismo tiempo, regla o garantía epistemológica, esto es, un mecanismo a disposición de las partes para impugnar las resoluciones que les perjudican y, de otra parte, un medio procesal para maximizar las probabilidades de acierto judicial y de decisiones justas³⁷. En ese sentido se debe prever un diseño de sistema de recursos eficientes, y no seguir los modelos de instancia única, que enfatizan en la perspectiva intimista o subjetiva del enjuiciamiento fáctico, como aquel resultado que surge del contacto inmediato del juzgador con la práctica

³⁷ Vid. DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, 2012, pp. 245-288. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Pie de página 12 de la Pág. 249. Consultado el 17 de noviembre de 2014 en: [http://www.cecuch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/11%20\(245-288\)%20ESTU.pdf](http://www.cecuch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/11%20(245-288)%20ESTU.pdf).

de la prueba, como destello de convicción holístico, inverificable e insustituible. Aunado a ello es necesario realizar la siguiente apreciación, mientras más racional sea la valoración –motivación, más posibilidades de articular controles eficaces sobre la corrección del juicio fáctico y jurídico. Y, al contrario, sistemas de prueba orientadas a la persuasión (subjetiva) y con valoración intimista e irracional tenderán a favorecer –en la práctica- modelos recursivos débiles o incluso ineficaces³⁸ y vulneratorios de la garantía del derecho al recurso del condenado por vez primera.

4. El recurso como medio de control funcional

«Durante la vigencia del procedimiento acusatorio antiguo (procedimiento ático, romano o germano común), esto es, durante una porción amplia de la historia jurídico-política de nuestra cultura, no se conocieron los recursos contra las decisiones que daban solución a un conflicto social determinado»³⁹. Dos razones permiten comprender esta realidad. La primera, se vincula al hecho de que, aquello que hoy denominamos jurisdicción, se ejercía directamente por el soberano, generalmente por una asamblea de quienes poseían plena capacidad política y jurídica o, cuando menos, como consecuencia de una delegación en asambleas populares con numerosos miembros (por ejemplo, los heliastas en el Derecho ático). La segunda razón se vincula al pronunciamiento mismo oral y público, de manera tal que quienes no lo presenciaban estaban impedidos, naturalmente, para decidir el conflicto, pues ni siquiera lo conocían⁴⁰. En este caso se tiene, que en los modelos de orientación no cognoscitivista, que enfatizan la perspectiva intimista o subjetiva del enjuiciamiento fáctico, como aquel resultado que surge del contacto inmediato del juzgador con la práctica de la prueba, como “fogonazo” de convicción holístico, inverificable e insustituible, irá acompañado de ordinario por un débil sistema de recursos, que prácticamente impide cualquier control sobre el enjuiciamiento con relación al mérito, especialmente probatorio⁴¹

³⁸ *Ibídem.*

³⁹ MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. 2ª ed., Del Puerto. Buenos Aires. 1996, S5, B y C, pp. 264 y ss.

⁴⁰ MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*. Palestra. Lima. 2008, pp. 721-722.

⁴¹ Vid. DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*, op. cit. pp. 245 -288.

porque se necesita la intermediación del Juez hacia los medios probatorios actuados en juicio oral para que pueda decidir.

En realidad, la aparición de los recursos pertenece a la modernidad. A partir de la Edad Moderna, con la transformación de la organización social, el nacimiento del Estado – Nación y el advenimiento de la Inquisición⁴², aparecen los recursos contra las decisiones de los funcionarios⁴³. La concentración del poder político que conformó el nacimiento del Estado – Nación, dio origen a que exista una burocracia jerárquica, un conjunto de funcionarios que operaban en una organización vertical, organizaciones caracterizadas por sucesivas delegaciones. Los recursos cumplieron, en ese sistema, la función de «control jerárquico», y a tal punto ello fue así que, concedidos a los interesados a manera de queja contra la decisión que ejercía el poder en un sentido determinado, en numerosas ocasiones ellos procedían «de oficio», como control obligatorio de la decisión del funcionario inferior⁴⁴. Ésta era la única forma de que el caso sea reexaminado por una autoridad superior desde la misma atalaya, base de conocimiento o fuente de información que fundó la decisión del inferior. De allí también el significado del hoy llamado “efecto devolutivo”⁴⁵, porque se devuelve el poder otorgado, y quien tiene que pronunciarse es el superior jerárquico, cuya decisión será la que se ejecutará.

5. Posiciones doctrinales

En este apartado se habla de derecho al recurso, entendido el mismo como la puerta para acceder a la segunda instancia no obstante, hay autores que están de acuerdo que exista una

⁴² En la inquisición, las causas podían ser recurridas en apelación ante el Consejo de la Suprema Inquisición (conocido como la Suprema). La Suprema se constituyó como una instancia superior (la de apelación) a la de los Tribunales inquisitoriales, si bien no la última en cuanto que era frecuente en España remitir las causas a Roma. El principal motivo para apelar ante el citado órgano era la infracción en el procedimiento. Vid RODRÍGUEZ BESNÉ, José Ramón. *El Consejo de la Suprema Inquisición. Perfil jurídico de una Institución*. Editorial Complutense. Madrid. 2000, p. 283.

⁴³ MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*, op. cit. P. 288 y ss. El derecho canónico matrimonial impone el doble conforme en las sentencias de nulidad canónica emitidas por un tribunal eclesiástico. Ver en FORNÉS, J. *Derecho matrimonial canónico*. Tecnos. Madrid. 2008.

⁴⁴ Vid. MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*. op. cit. P. 722.

⁴⁵ Vid. CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t V, Ediar, Buenos Aires, 1960, pág. 443 y ss.

segunda instancia, y hay otros que opinan lo contrario. Por ello, en este acápite se analizan diferentes concepciones, para finalmente dar una postura propia.

a. Posiciones en contra

- **La segunda instancia como perniciosa desvalorización del juicio y con la que se afecta la tutela judicial efectiva.**

Existen autores que no están de acuerdo con el derecho al recurso, dentro de ellos podemos citar a Capelletti, quien funda su cuestionamiento en dos argumentos: 1) En que la apelación implica una «perniciosa desvalorización del juicio de primer grado»; y 2) En la ausencia de su reconocimiento constitucional, pues sostenía que «ningún ordenamiento, (...) considera el doble grado de jurisdicción como una garantía constitucional, o sea protegida por una garantía fundamental e inderogable»⁴⁶. Ello se cree que lo decía porque todos somos personas, pasibles de error, por ello surgirían las siguientes incógnitas ¿por qué dar prevalencia a una decisión? ¿Por qué decir que una decisión pesa más que la otra, si en primera instancia se ha desarrollado el principio de inmediación?, ante ello hay que indicar que no es que se esté dando prevalencia caprichosamente, sino que tiene su justificación en el hecho de que el órgano superior tendrá mayor preparación para resolver el caso, además tendrá mayor tiempo para hacerlo contando incluso con los fundamentos de la primera instancia.

Giovani Priori, por su parte ha señalado tajantemente que «no existe razón alguna que justifique la impugnación», porque dilata la resolución del caso concreto, postergando la tutela jurisdiccional. Señala que no es cierto que solo sea injusta una decisión incorrecta, «tan injusta es una decisión incorrecta como una decisión tardía». Cuestiona la tesis que considera, que mediante la impugnación se elimina el riesgo de error judicial, pues señala que esta posición no considera que el que revisa también es un ser humano y como tal

⁴⁶ Vid. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1974. [«Dictamen Iconoclástico Sobre la Reforma del Proceso Civil Italiano», pp.273-291]. p. 279.

también es susceptible de cometer errores judiciales. Tampoco considera como válido el argumento según el cual los jueces revisores se encuentran en mejor capacidad y más preparados para resolver. Finalmente invoca un argumento histórico, según el cual «históricamente, el doble grado de jurisdicción surge (en diversos momentos históricos)⁴⁷ como un extraordinario medio para concentrar mayor poder en algunos soberanos: emperador romano, rey medieval o rey colonial⁴⁸. Lo indicado por este autor, en parte tiene razón en el sentido que se dilatará a un más el proceso admitiendo el recurso, empero ¿qué es preferible la rapidez o que un juicio se resuelva con justicia?, la respuesta a esta pregunta es que es preferible que se resuelva con justicia, y ello será así si se respetan todas las garantías, y dentro de ellas está el derecho al recurso, el mismo que como se verá más adelante tiene fundamento constitucional. Con relación al tema del error en que podrían caer los Jueces por ser humanos, es cierto, pero también lo es que los jueces superiores como ya se dijo tendrán mayor preparación, contarán con la decisión de primera instancia, lo que conlleva a que la probabilidad de error sea menor.

- Concepción intimista

También hay que indicar, que existe una concepción intimista de la valoración, pero antes de presentar esta concepción, es necesario precisar que con la inmediación se logra cambiar el rostro de una justicia que se percibe lejana por los ciudadanos⁴⁹, humanizando el proceso⁵⁰ al permitir a las partes “*ver la cara del juez*” a quien han confiado la resolución

⁴⁷ Vid. PRIORI POSADA, Giovanni F. «Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción». En: *Advocatus*, Nueva Época, N° 9. Lima, 2003, Pp. 405-422). También publicado En: *El Proceso Civil. Enfoques Divergentes*. [“Cuestionando el doble grado de jurisdicción”]. Ed. Iuris Consulti S.A.C., Lima, noviembre 2005, pp. 83-103.

⁴⁸ Asimismo se tiene que históricamente y desde el procedimiento de Roma, la apelación es un instrumento de poder político para concentrar atribuciones en el emperador; en el derecho canónico, en manos de los pontífices; en la Edad Media, en las del rey para apaliar los excesos del poder feudal. Fueron también motivaciones políticas las que en Francia prerrevolucionaria plantearon el problema de su supresión o mantenimiento. En BECEÑA, Francisco. «Los procedimientos ejecutivos en el proceso penal español». *Revista de derecho privado*, núm. 8, Madrid 1920, p. 232.

⁴⁹ PEREIRA CAMPOS, Santiago. El principio de inmediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad, *Revista internauta de práctica jurídica*, N° 11, 2002, p. 2.

⁵⁰ CARÜS GUEDES, J. citado por VELEZ, Diego, en «Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite». Pág. 474. *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, pp. 465-524. Consultado el día 18 de enero de 2015 en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art14.pdf>

del asunto⁵¹. Existe inmediación en *sentido amplio y estricto*, el primero se vincula fundamentalmente con la necesaria presencia judicial en la práctica de las pruebas y en la relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos de juicio. Y la segunda –*en sentido estricto*– radica en que el Juez que ha presenciado la práctica de las pruebas sea quien dicte el fallo, ya que justamente esa presencia efectiva en la práctica en las actuaciones sitúa al órgano judicial en las mejores condiciones de conocer el objeto del proceso⁵². De allí se habla que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, y donde los magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto⁵³. En este sentido, se destaca la importancia del juicio presencial que ofrece la ventaja de que en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el movimiento, el tono de voz, los silencios y otras actitudes que acompañan a la palabra y que también forman parte del mensaje transmitido, garantizando un mayor acierto en la valoración del testimonio.

En los países que recogen la oralidad e inmediación judicial comienza a reproducirse el argumento de que no resulta posible revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de la instancia, porque el que conoce a través del recurso «no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical». «La oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la inmediación» representa las ventajas del proceso celebrado en presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán⁵⁴. Sobre ello se termina diciendo que supone un elemento notablemente perturbador en el seno de dicho sistema nada se gana, y, por el contrario mucho se puede perder en cuanto a garantías se

⁵¹ PICO I JUNOY, Joan. "El principio de oralidad en el proceso civil español", en CARPI, F. y ORTELLS, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Universidad de Valencia. Valencia 2008 Tomo I, p. 363.

⁵² Vid. PALOMO VELEZ, Diego, en «Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite», op. cit. pp. 465-524.

⁵³ Vid. VEGAS TORRES, Jaime «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal». Publicado en *Persona y Derecho*, Vol. 55 – 2006, *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, II, págs. 741-767. Consultado el 31 de enero de 2014, en http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5691/1/2006_La%20presuncion%20de%20inocencia%20y%20el%20escenario%20de%20la%20prueba%20penal.pdf

⁵⁴ Vid. PALOMO VELEZ, Diego, en «Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite», op. cit. p. 482.

refiere, permitiendo la sustitución del convencimiento del juzgado de primera instancia, fundamentado en la prueba practicada en su presencia, por el convencimiento del órgano de apelación, fundamentando en su actividad probatoria que no ha presenciado⁵⁵, por ello según esta hipótesis es necesario por parte del juzgador una inmediación en sentido stricto.

Con relación a esta teoría cabe preguntarse: ¿por el solo hecho de la presencia del Juez en la actuación de las pruebas en el juicio oral es suficiente para que este operador de justicia sea infalible? Sostener esto sería tanto como reconocer que los procedimientos procesales de conocimiento de los hechos proporcionarían resultados infalibles, pues que los jueces con la inmediación serían seres infalibles. Se olvida que los Jueces no son expertos en psicología, para saber si la persona que está declarando está diciendo la verdad, además la lógica es que el órgano superior tenga más experiencia que el juez primero que emitió el fallo.

b. Posiciones a favor

- Desde el punto de vista del Estado y de las partes

En otro sentido, cabe observar que desde el ángulo de las partes parece apoyada la doble instancia en fundamentos razonables y provistos de legitimidad, especialmente la aspiración de obtener un nuevo pronunciamiento que modifique o revoque una resolución que les agravia⁵⁶. Además el derecho al recurso es un instrumento más para lograr neutralizar el ejercicio arbitrario del poder penal del Estado, una herramienta que amplifica el derecho de defensa de la persona sometida a una acusación de carácter penal, y por ello necesario⁵⁷. Y desde el punto de vista del Estado, la doble revisión a cargo de jueces diversos es deseable porque afina y pule la forma de ejercicio de una función que es

⁵⁵ VEGAS TORRES, Jaime «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal», op. cit. p. 192.

⁵⁶ Vid. PEREIRA ANABALÓN, Hugo. «La prueba en el recurso de apelación civil». Consultado el 29 de enero de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art16.pdf>. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 165.

⁵⁷ COIAZZET, A. «El fallo Duarte y la nueva legislación procesal penal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?», op. cit. p. 180.

propia⁵⁸, y será el vehículo que el Estado aproveche para crear jurisprudencia, y predictibilidad en las decisiones. Asimismo desde el punto de vista de la persona que ha sido Juzgada y sancionada por primera vez, es su derecho innato que le corresponde hacer o no uso de él a efectos de que un superior jerárquico se pronuncie nuevamente respecto a la situación controvertida, ello es por razón de justicia.

- Desde el punto de vista de la falibilidad

Cubas Villanueva y Montero Aroca refieren que el fundamento de la impugnación no es otro que la falibilidad humana. La impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador y con ello a lograr la eficacia y seguridad del acto jurisdiccional⁵⁹; en este mismo sentido Yáñez Velasco indica que la existencia de un sistema de recursos tiene su fundamento en la idea de fiabilidad: «Siendo humanos no somos infalibles, y en la perspectiva judicial la posibilidad de equívoco incide, negativamente, en las debidas garantías de las partes intervinientes», por lo que se intenta restringir al máximo es la posibilidad de error «en toda la variedad posible de actos que el juez realiza o debe controlar: el procedimiento, la interpretación de normas jurídicas aplicables al caso concreto, la apreciación de los hechos afectando al fondo del asunto o a sus contenidos secundarios, la valoración jurídica sobre la afirmación de los hechos, las simples cuestiones de estilo...»⁶⁰. En ese sentido se considera que el error es innato al ser humano, por ello es necesario que haya otras personas con mayor preparación que revisen en su integridad una decisión, más aún si con ella se puede afectar la libertad de la persona, así como otros derechos como podría ser su patrimonio – porque se le impone una reparación civil-, la posibilidad para buscar y mantener el trabajo – porque en los trabajos piden los antecedentes penales y judiciales, además puede ser causal de despido⁶¹-, y asimismo para acceder algún cargo⁶². Otro ejemplo será cuando además de

⁵⁸ Vid. PEREIRA ANABALÓN, Hugo. «La prueba en el recurso de apelación civil», op. cit. p. 165.

⁵⁹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano Teoría y práctica de su implementación*. Palestra. Lima. 2009, p. 511.

⁶⁰ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, «Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001, pp. 85-86.

⁶¹ El artículo 24º, inciso b), del Decreto Supremo 003-97-TR establece como causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador la condena por delito doloso. De otro lado, el artículo 27º de la referida norma señala que el despido por esta causal se producirá siempre y cuando la sentencia condenatoria haya quedado firme y el empleador conozca de tal hecho.

la pena, se le imponga una pena accesoria como podría ser la inhabilitación de una persona para poder conducir vehículos, ¿qué pasa si su labor es conducir vehículos de transporte público?⁶³ ¿Cómo queda esta persona?, por ello se considera que resulta necesaria la segunda instancia, a fin de tratar en lo posible de no cometer errores que afecten al imputado.

Del Río Ferreti, señala que hay varias razones que son fundamento para estar a favor del derecho al recurso, y de esta manera contradecir las concepciones que se oponen a la pluralidad de instancias: 1) El *ad quem* cuenta o podría contar con más información objetiva que el de primer grado, lo cual hace aumentar las posibilidades de exactitud de la decisión. Si nos hallamos en un sistema de segunda instancia, ello supone por regla general las posibilidades de aportación de nuevas pruebas –claro está cumpliendo los presupuestos para ello-, y también la aportación de hechos desconocidos o de hechos nuevos. 2) El Juzgador *ad quem* cuenta además con la misma decisión del juzgador *a quo*, de modo que no resuelve *ex novo*, como ha debido hacerlo el juzgador de (primera) instancia, sino a partir de todo el material de la primera instancia, más el material fáctico y probatorio nuevo eventualmente introducido en segunda instancia, y contando ya con la primera decisión e, incluso, pudiendo contar además con la opinión disidente que contrasta con la de mayoría en caso de un tribunal colegiado de primera instancia. Estos elementos incrementan el acervo a partir del cual se formulará el segundo juicio (o el control recurso), concediendo una posición cognoscitiva al juzgador *ad quem* sustancialmente superior respecto del de primera. En efecto, cualquiera que haya intervenido en un proceso de toma de decisiones sabe que el que resuelve o se pronuncia al final, después que otros, y conociendo los pronunciamientos anteriores, tiene más posibilidades de acierto, pues su análisis arranca de un punto donde se han anticipado perspectivas de análisis, reflexiones jurídicas, enjuiciamientos valorativos sobre la prueba y en donde se ha propuesto una solución o, incluso, más de una posible. 3) Hay que considerar los argumentos basados en la mayor

⁶² Verbigracia para poder ser Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es necesario entre otros que los juristas sean de la más alta autoridad moral (Artículo 52.1 de la CIDH).

⁶³ Caso Mohamed. CorteIDH. Caso Mohamed. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 255.

experiencia y en la más alta formación de los jueces superiores o de segundo grado, generalmente más experimentados y formados que los de primera instancia, elementos que también inciden en las posibilidades de acierto⁶⁴. Todas estas razones serán ciertas si se tiene en cuenta un modelo de apelación mixta, porque a través de dicho modelo el juez o jueces superiores podrán conocer lo actuado en primera instancia, llamar de ser necesario a órganos de prueba que han declarado en la instancia anterior, ofrecer nuevos medios probatorios –cumpliendo los requisitos para ello-, y dar lectura a las pruebas documentales actuadas.

Otros autores no tienen a la falibilidad humana como fundamento de la segunda instancia, así tenemos a Mercedes Pérez⁶⁵ quien manifiesta que una declaración de culpabilidad es errónea o incorrecta cuando deriva de un procedimiento erróneo en la toma de decisión, por ende la posición que defiende es que en la medida en que la verdad a la que se accede mediante el procedimiento jurídico probatorio es tan solo una verdad probable, siempre existe un riesgo residual de condena de un inocente, de modo que es imposible evitar de forma absoluta el resultado erróneo. Por ello, el fundamento de la doble instancia no puede centrarse en evitar el resultado de culpabilidad erróneo. Además refiere, que una declaración de hechos probados correcta, es aquella que deriva de una correcta selección, interpretación y aplicación de las reglas que rigen esta específica función de determinación fáctica, con independencia de que el resultado final se ajuste a la realidad acaecida; es decir, con independencia de que el enunciado fáctico en qué consiste se corresponda en

⁶⁴ DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*, op. cit. pp. 253-254.

⁶⁵ Define el error señalando: «En la acepción más común o vulgar el término error alude a la discordancia entre lo declarado en juicio respecto de lo realmente acaecido, de manera que el error judicial consistiría en haberse efectuado una declaración de culpabilidad cuando en realidad el condenado es inocente, o haberse formulado una calificación jurídica de los hechos que no se corresponde con los hechos realmente acaecidos, o con la declaración de hechos probados, de modo que respecto de dicha concreta condena que expresa la calificación jurídica, el condenado es inocente. Por tanto, el error, en esta acepción, señala el resultado del enjuiciamiento. Desde una óptica diferente, el error o la injusticia de la decisión se vincularía con una declaración de culpabilidad incorrecta en cuanto contraria a la legalidad (*incluyendo las normas constitucionales e infraconstitucionales, tanto procesales de Derecho penal material, así como otro tipo de reglas necesarias para el enjuiciamiento*); esto es, que no se ajusta a la correcta aplicación de las normas, bien porque se sustenta en una incorrecta selección e interpretación de las normas, bien en una incorrecta aplicación de las normas al caso. Desde esta perspectiva el error apunta hacia el procedimiento de enjuiciamiento». PEREZ MANZANO, Mercedes. *La Reforma de la ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*, op. cit. pp. 1751-1770.

términos absolutos con la verdad. Y, en definitiva, el fundamento del derecho a la segunda instancia no puede residir en evitar lo imposible, sino en reducir a límites posibles y tolerables en el Estado de Derecho la condena de un inocente. Finalmente indica que lo que puede y debe ser sometido a revisión no es la decisión de culpabilidad en sí misma -esto es el resultado al que se llega-, sino la justificación de la decisión; y para revisar la justificación de la decisión -el proceso de decisión y las razones que la sustentan- no hace falta un motivo como el error en la valoración de la prueba, sino que basta con articular motivos amplios de infracción de ley, entendiendo por ley no solo la norma jurídica -constitucional o no, procesal o material penal-, sino toda regla aplicable, necesaria para poder tomar una decisión sobre el fondo del asunto, en el marco de un proceso constitucionalmente constituido con todas las garantías⁶⁶.

Lo indicado por esta autora, no parece correcto porque: 1) el error es connatural al ser humano, por ello es que el superior analizará si en una decisión los mismos no se han cometido, con ello si bien no es que se erradique el error pero sí da mayor seguridad a la decisión; 2) la autora hace mención que para revisar la decisión basta con articular motivos amplios de infracción de ley, ante ello es necesario preguntarse ¿cuáles son esos motivos amplios de infracción? y ¿por qué se dan estos motivos?, la respuesta sería porque se ha dado un error en la interpretación o aplicación de la norma, en ese sentido se razona que el fundamento será el error en el derecho, o en los hechos, y el juez superior podrá analizar en su integridad la decisión, y no solo basarse en una revisión de puro derecho.

- **¿Quién interpreta las disposiciones y determina los hechos ocurridos?**

Finalmente, es de indicar que la segunda instancia es necesaria, porque el derecho está codificado –especialmente en el derecho penal-, los jueces serán los encargados de interpretar las disposiciones y serán los que de acuerdo a la prueba actuada en el juicio oral determinarán si los hechos han ocurrido o no, y si los mismos se encuadran en una determinada norma, y de esta manera absolver o condenar al procesado. Como se puede verificar la labor de precisión de hechos, subsunción de los mismos en la norma es una labor del juez, por ende es una labor humana, no estando exenta de equivocación, en ese

⁶⁶ Ibídem, pp. 1751-1770.

sentido es necesario una instancia superior que revise esa labor intelectual. En ese sentido se presenta como un acto de justicia la segunda instancia.

6. Aspectos del derecho al recurso

Dentro del derecho al recurso se pueden distinguir los siguientes aspectos: el acceso al derecho al recurso debe ser fácil, la necesidad de un tipo de examen específico, la calidad de conocimiento y decisión del recurso como manifestación de la tutela jurisdiccional.

6.1. El acceso al derecho al recurso debe ser fácil

El contenido primario del derecho al recurso es el acceso al mismo, el cual se vincula a la existencia legal de recursos y a la facilidad del acceso, cuestión que se ha de valorar en varios aspectos del sistema recursivo⁶⁷. Es decir, la parte afectada debe poder acceder al recurso de forma sencilla, sin mayores complejidades y requisitos que hagan inviable e ilusorio dicho derecho. En esta labor interviene el legislador porque tiene la facultad de crearlos y regularlos, para ello tendrá que tener en cuenta lo regulado por la CADH y por el PIDCP y además por la jurisprudencia emitida por CorteIDH y el Comité de Derechos Humanos.

Es importante señalar, que existen cuestiones de recurribilidad objetiva y subjetiva. La primera apunta a la determinación de las resoluciones y contenidos susceptibles de ser impugnados a través de un recurso determinado -resoluciones recurribles-. Las segundas son las referidas a qué sujetos tienen el poder o el derecho de impugnar a través de un recurso determinado una resolución (lo que suele denominarse legitimación)⁶⁸. Ambas cuestiones son necesarias, para ingresar al derecho al recurso, porque de no cumplirse con una de ellas, lo resuelto no quedará sometido a la impugnación. Aunado a estos requisitos, también será necesario que la parte que lo interponga establezca el gravamen o afectación que le causa la decisión recurrida.

⁶⁷ Vid. DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*, op.cit. 258.

⁶⁸ *Ibíd*em, p. 258/259.

Es de precisar que en el caso de recurribilidad objetiva, para el caso que nos ocupa serán recurribles las sentencias que condenan por primera vez a una persona.

- ¿Quiénes son las partes legitimadas para acceder al derecho al recurso – recurribilidad subjetiva-?

Algunos autores sostienen que el único legitimado para acceder al derecho al recurso sería el procesado y que el órgano acusador no tendría dicha facultad. Maier, considera que «el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder, así, su carácter de bilateral –el de ser facultad de todos los participantes– para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que solo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y solo lo es por el condenado. La absolución –salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección – y la condena no recurrida a favor del imputado queda firme por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*»⁶⁹. Asimismo indica que «conceder el recurso al acusador, en especial al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella, significa, sin duda, una nueva instancia de persecución, que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena, como lo pretende el acusador, será, sin duda, una condena de “primera instancia”, es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcionamiento su “derecho al recurso”, su posibilidad de reclamar la prueba de la “doble conforme”. Ello no solo implica una “tercera instancia”, ante un Tribunal “más” superior aún, sino, antes bien, algo parecido a un *regressus in infinitum*, pues, con la concepción “bilateral” del recurso, siempre es posible que el acusador, verbigracia, la fiscalía, consiga una condena ante el tribunal de última instancia – por ejemplo: la Corte Suprema, cuando ejerce competencia

⁶⁹ MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*, op. cit. p. 724.

positiva y sentencia- y contra esa “primera condena” siempre se deberá respetar el “derecho al recurso”, esto es, del condenado a desencadenar la prueba de la “doble conforme”. Esta derivación impensada, que emerge del mero texto de la convención que establece la garantía, señala desde ya la imposibilidad práctica de atribuir un recurso contra la sentencia fundada en un juicio público al acusador y, por otra parte, indica con claridad la verdadera “medida” de la garantía»⁷⁰.

En este mismo razonamiento Vegas Torres, al preguntarse «¿por qué no ahorrar el esfuerzo procesal que se despliega en la primera instancia y confiar directamente el conocimiento del asunto, en única instancia, a los órganos cuyo convencimiento merece plena confianza?» responde que todas las perplejidades que puedan surgir de un sistema como el previsto para la impugnación de sentencias dictadas por el juez penal desaparecerían, si la apelación se abriera exclusivamente a favor del reo. Además indica que el artículo 14.5 del PIDCP si bien configura la «doble instancia como un derecho de quien ha sido declarado culpable de un delito», no exige «que se conceda igual derecho a las acusaciones cuando la primera instancia haya finalizado con un pronunciamiento absolutorio». Continúa señalando que «si la apelación se concede solo contra las sentencias condenatorias –por lo menos en cuanto se refiere a la posible revisión de juicio fáctico–, la segunda instancia adquiere pleno significado, no como mecanismo de depuración de las infracciones cometidas durante la primera instancia, sino como manifestación de un derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de un doble convencimiento: el juzgado de primera instancia, por un lado, y, además, el órgano de apelación. Así la primera instancia ya no es inútil: si el juzgador no está convencido de la culpabilidad del acusado, su ausencia de convicción vale definitivamente como patrón de certeza de los hechos a los efectos de su fijación en el proceso, en este caso, ciertamente con su resultado negativo, ya que los hechos no quedarán fijados; si, por el contrario, está convencido de la culpabilidad, su convicción es el primer paso para que el acusado, si apela, puede ser definitivamente condenado. La repetición del juicio ante el órgano de apelación encuentra también plena justificación, puesto que al exigirse el convencimiento de dicho órgano para confirmar la

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 727-728.

condena, es necesario que la formación de dicho convencimiento se produzca, por lo menos, en iguales condiciones que la del Juzgador de primera instancia⁷¹.

Es de indicar, que estos autores tienen en cuenta que la persona condenada por primera vez siempre tendrá la posibilidad de interponer un recurso, porque tiene un derecho a que sea condenado sobre la base de un doble convencimiento, y que este derecho es el “*derecho al recurso*” establecido en el PIDCP y CADH.

Otros autores como Montero Aroca comentando el PIDCP señala que de entenderse de manera literal y aislada este instrumento internacional, se estaría diciendo que el derecho al recurso corresponde únicamente al condenado en una sentencia, de modo que las partes carecerían de ese derecho, y que de aceptarse dicha interpretación el sistema procesal español quedaría destruido por las siguientes razones: 1) Se estaría desconociendo el principio de igualdad de las partes, en ese sentido la interpretación que se dé al pacto no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de integrarse al Sistema español, ya que la igualdad de partes es consustancial a la naturaleza del proceso, más aún si el fiscal en el proceso penal ha de ser considerado simplemente parte. 2) Asimismo manifiesta, que en el sistema español se ha admitido que las partes pueden interponer recurso, ya sea contra sentencia condenatoria o absolutoria, y que en este último caso si el Tribunal superior revoca la sentencia y condena al acusado, si se interpretase de manera literal la norma internacional habría de llevar a la regulación de un nuevo recurso, porque el condenado tendría derecho a un recuso, a fin de que la decisión sea sometida a otro tribunal superior. Señala que dicha interpretación es inadmisibles, aunque se haya pretendido otra cosa por quienes se aferran a las palabras del pacto, desconociendo que este no ha pretendido imponer la existencia de dos enjuiciamiento por dos órganos judiciales diferentes; ya que el Pacto lo único que persigue es establecer una garantía de los ciudadanos consistente en que un Tribunal superior controle la corrección del proceso en que se impone una condena, pero en él no se trata de establecer una doble instancia en sentido estricto. Y que ante la desconfianza que pudiera sentirse frente a tribunales de primera instancia, incluida el Jurado, la garantía procesal consiste en que un tribunal superior, que se propone más

⁷¹VEGAS TORRES. Jaime «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal», op.cit. p. 192.

imparcial y compuesto por técnicos con más experiencia y menos implicados socialmente en una causa, examine si la condena se produjo conforme a la legalidad procesal; a ese tribunal no se le atribuye el enjuiciamiento del tema de fondo, sino solo el control de las garantías procesales. En ese sentido agrega que el derecho al recurso es una garantía procesal que tiende a asegurar que se han observado las garantías de esta naturaleza⁷². Se considera que este autor ve el tema de segunda instancia, como un ente revisor de la sentencia de primera instancia, en el sentido que se haya cumplido con la normatividad, no teniendo la potestad de revisar los hechos.

En este orden de ideas, Moreno Catena 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 mismo⁷³. Siendo ello así, se debe considerar al recurso no solo como una garantía para el condenado (como se podría entender literalmente), sino también, para el acusador y la propia víctima, pudiendo ellos recurrir frente a una sentencia que les cause agravio.

- **Postura propuesta**

Parece claro que los textos internacionales –PIDCP y CADH- como se verá en el capítulo siguiente parten de un modelo procesal en el que habría de reconocerse solo al sentenciado el derecho a un recurso cuando resulte condenado, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de la posibilidad de impugnación en caso de sentencia absolutoria o condenatoria solo parcialmente. Es de precisar, que estos textos fueron emitidos después de las dos guerras mundiales⁷⁴, y los mismos se instituyeron para proteger los derechos de las personas, en donde los Estados voluntariamente y de buena fe aceptan compromisos para garantizar y respetar los derechos humanos a los ciudadanos bajo su jurisdicción. Ese compromiso, si bien se asume frente a la comunidad internacional, se traduce también en mayores garantías en espacios nacionales. Algunas

⁷² Vid. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*, op. cit. pp. 170-173.

⁷³ MORENO CATENA, Víctor. *El Recurso de Apelación y la doble instancia penal*, op.cit. pp. 156/158.

⁷⁴ La primera guerra mundial se dio entre los años 1914 -1918 y la Segunda guerra mundial se desarrolló entre 1939 y 1945.

veces esos compromisos implican también la aceptación de que organismos internacionales creados para vigilar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, atiendan demandas de personas que aleguen el incumplimiento por parte del Estado de una obligación internacional, es decir, una violación a derechos humanos.

Es por ello que el derecho al recurso debe entenderse como una referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena («la revisión del fallo y de la pena impuesta»), empero ello evidentemente no limita en el orden interno de los Estados signatarios que dicha facultad también se otorgue al órgano acusador, a fin de que recurra la sentencia absolutoria. En este lineamiento en nuestro país se ha regulado la posibilidad de que también se le da la facultad de recurrir al Ministerio Público, ello a fin de garantizar el derecho a la igualdad de partes; sin embargo ¿realmente entre el acusado y el Ministerio Público hay igualdad de partes?, da la impresión de que en el proceso penal no puede asumirse dicha igualdad, porque no son idénticas las posiciones de las partes a lo largo de todo el procedimiento.

Por una parte, la intervención del Ministerio Público, que debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, (art. 159 de la Constitución Política), introduce relevantes particularidades en la fase de investigación de los delitos, ya que conduce desde su inicio la investigación del delito, con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función, puede emitir disposiciones de archivo, formalizar la investigación y acusar; en ese sentido se puede verificar la desigualdad que existe entre el investigado y el órgano acusador, por cuanto este último tiene una serie de prerrogativas para investigar el delito; verbigracia solicitar información a entidades públicas o privadas, citar a testigos, solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones, diferente a la posición que tiene el investigado, quien tiene la potestad de solicitar se ejecuten diligencias, por eso el Ministerio las puede realizar directamente. Asimismo es diferente las consecuencias que soportan cuando se emite una decisión no favorable para ellos, porque en el caso del condenado dicha decisión afectaría su libertad, y

si la pena es suspendida le afectaría otros bienes como sería su economía, mantener el trabajo en que se encuentra, acceder a algún cargo, entonces las consecuencias serían muy graves si le sentencian, distinto es el caso del Ministerio Público, porque si bien la consecuencia de que el Fiscal no interponga recurso contra la sentencia absolutoria, en la que se presumiese que se ha dado con una manifiesta ilegalidad o injusticia, es que la parte o partes afectadas puedan quejar al fiscal, y que le sigan al mismo un proceso.

Concluyendo, es respetuoso con lo dispuesto en los tratados de derechos humanos, que también el órgano acusador tenga asignada la potestad de recurrir la sentencia absolutoria, empero si en segunda instancia la sentencia es condenatoria, se le debería dar la facultad al sentenciado, a fin de que interponga un recurso y de esta manera se dé el doble conforme de su condena.

6.2. La necesidad de un tipo o naturaleza del examen recursivo

La jurisprudencia internacional, como se verá en el capítulo siguiente, para la interpretación de los artículos 14.5 PIDCP y 8.2 CADH, apunta indubitablemente a la naturaleza (amplitud) del examen para entender satisfecho el derecho al recurso en esta específica faceta. La revisión de la sentencia condenatoria debe ser íntegra, solo así se garantizará el derecho al recurso. Además en cuanto a la revisión de lo actuado en primera instancia el órgano judicial superior podrá llamar a testigos que declararon en el juicio siempre y cuando su asistencia sea indispensable, leer las pericias y demás pruebas documentales; y además aceptar nuevas pruebas siempre y cuando las mismas sigan los presupuestos establecidos por la Ley.

También, es de indicar que algunos autores refieren que para que se concrete lo establecido en los artículos 14.5 PIDCP y 8.2 CADH es necesario un doble conforme – así tenemos a Maier y a Vegas Torres ya citados -, otros indican que es necesario un doble grado de jurisdicción – con esta posición Montero Aroca y Yolanda Doig Díaz.

6.3. La calidad de conocimiento o decisión del recurso como manifestación de la tutela judicial efectiva.

En este punto, es de precisar como ya se ha explicado, que resulta necesario para la calidad de conocimiento del órgano superior un sistema de apelación mixto, en donde el órgano superior revise en su totalidad lo actuado en primer grado, y a su vez en dicha instancia se pueda interponer medios probatorios cumpliendo claro está ciertos parámetros normativos.

7. Instancia única y doble instancia

La postura de instancia única busca mayor expedición, celeridad y el ajuste a los que se conoce como una técnica procesal pura que impondría la instancia única en los procesos orales. Hay posturas que abogan por la supresión del sistema recursivo, sustentando ello en la necesidad de favorecer una respuesta más rápida y sencilla que alivie la carga de trabajo de la justicia⁷⁵. Brevedad, simplicidad y economía procesal son las ventajas y por ello su fundamento. Empero el proceso no solamente requiere de decisiones prontas sino también y fundamentalmente de resoluciones que sean justas y lo serán en cuanto mayor acierto exista en el fondo, y ello se logra permitiendo que haya un recurso ordinario, y devolutivo, mediante la cual la parte afectada pueda interponerlo y así lograr que un órgano superior revise en su integridad la sentencia, y haya al final una doble conformidad de la misma.

Con carácter general se afirma que los recursos y el correlativo derecho a acceder a ellos se sustentan en una doble finalidad. En primer término, los recursos sirven o contribuyen a la mejor satisfacción de las pretensiones de las partes al establecer una segunda oportunidad para que puedan ver colmada su pretensión⁷⁶, y tener una doble conformidad judicial. De otra parte, constituyen una garantía del sometimiento a la ley de la actuación jurisdiccional, de modo que garantizan la aplicación del derecho⁷⁷ porque serán dos instancias que señalen la decisión en base a las pruebas actuadas.

⁷⁵Vid. BECEÑA, F, Citado por PALOMO VELEZ, Diego, en «Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite», op. cit. p. 488.

⁷⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal». En *El proceso penal en el Estado de Derecho*. Lima. 1999, pp. 191-192.

⁷⁷ Cfr. por todos FERRAJOLI, «I valori del doppio grado e della nomofilachia», en *Materiali e atti* núm. 29 (Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni), *suplemento a Democrazia e diritto*, núm. 1, 1992,

Resulta necesaria la segunda instancia, porque los Jueces son seres humanos falibles, y lo que se busca en la medida de lo posible es evitar errores judiciales, que conlleven a un tema de injusticia, y con ello a consecuencias negativas en la vida de la persona condenada.

Asimismo es importante señalar, como se verá más adelante fuera de las discusiones a nivel doctrinal, el derecho al recurso es un derecho convencional reconocido en el PIDCP y la CADH, y que está básicamente diseñado para que el condenado por primera vez, tenga derecho a que la sentencia de condena sea revisada en su integridad.

págs. 31 y ss., sostiene que «el doble grado es al tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Y se conecta directamente con el valor de la independencia... En ausencia de doble examen el principio de imparcialidad y de sujeción de los jueces a la ley quedaría privado de garantía en cuanto a la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurables y reparables en un segundo grado de juicio», CALDERON CUADRADO, M^a Pía. *La segunda instancia penal*. Aranzadi. Navarra. 2005, p. 165.

III. EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA PROCESAL BÁSICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En estos últimos años la concepción de la segunda instancia constituye una garantía esencial en el proceso, y sobre ello cumplen un papel muy importante los Tratados internacionales de derechos humanos, constituyendo el perfil moderno del debido proceso. Al respecto para el Perú, son dos convenciones sobre derechos humanos las que conceden un «derecho al recurso»⁷⁸: La convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica –en adelante CADH- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante PIDCP-. El primero fue adoptado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entrando en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2⁷⁹; y el PIDCP fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49⁸⁰.

Nuestro país ratificó el CADH el 28 de julio de 1978 y el 21 de enero de 1981 aceptó la competencia contenciosa de la Corte⁸¹; y el PIDCP fue aprobado por Decreto Ley N° 22128 de fecha 28 de marzo de 1978, y entró en vigencia el 28 de julio de 1978⁸². En ese sentido los dos instrumentos internacionales son de obligatorio cumplimiento para nuestro país.

Sobre el derecho al recurso la CADH dispone en el artículo 8, inciso 2, literal h) que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal, entre otros derechos, el «derecho a recurrir el fallo ante el Juez o tribunal superior». Más concretamente, el PIDCP en su

⁷⁸ BIDART CAMPOS, Germán. *La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, El derecho, t 118, N° 7, Buenos Aires, 1986, pág. 879.

⁷⁹ Consultado el 10 de noviembre de 2014, en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>.

⁸⁰ Consultado el 14 de febrero de 2014, en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosCivilesyPolitic.htm?gclid=CPD5upzl4sMCFUQ8gQod2yIAig#a49>.

⁸¹ Corte/DH. Caso Loayza Tamayo. Perú. Sentencia de 27 de noviembre del 1998. Reparación. Serie C, N° 42. párrafo 1.

⁸² Consultado el 14 de febrero de 2015, en: http://www.tc.gob.pe/portal/servicios/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/pidcp.pdf

artículo 14, inciso 5 establece: «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 Ley».

Con ese punto de partida, el recurso en el orden jurisdiccional penal, ha dejado de ser instrumento exclusivamente técnico-jurídico para convertirse también y sobre todo en garantía fundamental de justicia, porque a través de él se permitirá que una persona declarada culpable pueda acceder a un recurso eficaz, para que un órgano superior del que lo sentenció realice un examen integral de la decisión recurrida, y de ese modo se trate de evitar eventuales errores judiciales⁸³, aludiendo de forma genérica a la falibilidad humana⁸⁴ como causa natural de la posibilidad de incurrir en errores al juzgar una imputación penal. Esta idea se expresa también desde otras perspectivas, conectando el error con el derecho de los justiciables a la impugnación de las decisiones judiciales, de modo que este derecho se manifestaría «como medio reforzado de sus garantías de defensa al estar encaminado a obtener, en su caso, la corrección de la injusticia o la ilegalidad de aquellas resoluciones⁸⁵, sobre todo si los Jueces que juzgan son personas, por ende imperfectos y pasibles de cometer errores en la apreciación de los hechos y de la interpretación de las disposiciones. En ese sentido, será un órgano superior el que con mayor detenimiento revise lo actuado en primera instancia y además verifique los medios probatorios nuevos ofrecidos en segunda instancia, -para su aceptación deben cumplir ciertos requisitos que la normatividad establece-.

⁸³ FAIRÉN GUILLÉN, «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal». *Estudios de Derecho procesal*. Madrid. 1955, pp. 328-329. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*, op.cit. p. 165.

⁸⁴ Cfr. ARANGÜENA, Coral. «Proceso penal y doble instancia», en *Justicia* núm. 1, 1994, p. 50; HINOJOSA, Juan. «Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial relevancia a la doctrina del Tribunal Constitucional», RDP 1999-2, pág. 313. MARTÍNEZ PARDO, «El derecho al recurso en el proceso penal. La doble instancia penal (estudio doctrinal y jurisprudencial)», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 5 2001, pág. 116. CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía. *El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada*, op. cit. pág. 41.

⁸⁵ GARCÍA PÉREZ, «Proceso penal y doble instancia». En *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia. Madrid. 1989, p. 647.

En este orden de ideas, se puede afirmar lo indicado por Pérez Manzano, en el sentido de que el derecho al recurso contribuye a «mantener dentro de los límites tolerables en el Estado de Derecho los riesgos de un uso inadecuado del *ius puniendi*». Por ello se calificará como «*garantía de garantías*» pues se convierte en una especie de norma de cierre del sistema de salvaguardias «*inherentes al juicio justo*» en el ámbito criminal. Y es que, dada la posibilidad de errores, la revisión jurisdiccional de la declaración de culpabilidad y de la pena impuesta dota de mayor fundamento a una decisión que, acuérdesse, puede llegar a privar al condenado de su básico derecho a la libertad⁸⁶, y asimismo si se trata de una pena suspendida, la misma afectará la vida personal del condenado, porque entre otros le generará antecedentes penales lo que incluso le imposibilitaría acceder a ciertos trabajos como por ejemplo si esta persona quiere ser magistrado, y también le afectaría en su ámbito económico porque tendría que pagar una reparación civil y si la pena para el delito trae días multa igual le afectaría en este ámbito. Como se puede ver son muchas las consecuencias negativas que trae consigo una condena, siendo absolutamente necesario que la decisión primigenia sea revisada en su integridad por un superior jerárquico, con más experiencia y mayor tiempo para hacerlo.

Después de estos breves apuntes, se analizará los dictámenes relativos al derecho al recurso, que emanan del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante Comité) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH, Corte o Tribunal).

1. Interpretación del Comité de Derechos Humanos

a) General

El Comité ha señalado que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley", no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que este es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación

⁸⁶ Vid, PÉREZ MANZANO, Mercedes. «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal», op. cit. pp. 1751-1770.

interna. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión⁸⁷. Además, que la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas⁸⁸.

Asimismo ha indicado que el párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva, sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación⁸⁹ o un tribunal de última instancia⁹⁰ a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto⁹¹.

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 causa⁹². Una revisión que se limite solamente a los aspectos formales o jurídicos de la condena no es suficiente a

⁸⁷ Véase la Observación general N° 17 (1989) sobre el artículo 24 (Derechos del niño), párr. 4.

⁸⁸ Comunicación N° 230/1987, *Henry c. Jamaica*, párr. 8.4.

⁸⁹ Comunicación N° 1095/2002, *Gomariz Valera c. España*, párr. 7.1.

⁹⁰ Comunicación N° 1073/2002, *Terrón c. España*, párr. 7.4.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 7.4.

⁹² Comunicaciones Nos. 1100/2002, *Bandajevsky c. Belarús*, párr. 10.13; 985/2001, *Aliboeva c. Tayikistán*, párr. 6.5; 973/2001, *Khalilova c. Tayikistán*, párr. 7.5; 623 a 627/1995, *Domukovsky y otros c. Georgia*, párr. 18.11; 964/2001, *Saidova c. Tayikistán*, párr. 6.5; 802/1998, *Rogerson c. Australia*, párr. 7.5; 662/1995, *Lumley c. Jamaica*, párr. 7.3.

tenor del Pacto⁹³. En cuanto a la denominación o nomenclatura, el pacto no exige que el recurso de revisión se llame apelación, al margen de su nombre este recurso ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto, y que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto⁹⁴.

El párrafo 5 del artículo 14 no exige un nuevo juicio o una nueva "audiencia"⁹⁵ si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa. Así pues, por ejemplo, no se viola el Pacto si un tribunal de instancia superior examina con todo detalle las alegaciones contra una persona declarada culpable, analiza los elementos de prueba que se presentaron en el juicio y los mencionados en la apelación y llega a la conclusión de que hubo suficientes pruebas de cargo para justificar el dictamen de culpabilidad en el caso de que se trata⁹⁶.

El derecho a la revisión del fallo condenatorio solo 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 apelación⁹⁷, también a otros documentos, como la transcripción de las actas del juicio, que sean necesarios para que pueda ejercer efectivamente el derecho a apelar⁹⁸. La efectividad de este derecho se ve afectada también, y el párrafo 5 del artículo 14 resulta vulnerado, si la revisión por la

⁹³ Comunicación N° 701/1996, *Gómez Vázquez c. España*, párr. 11.1

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 11.1.

⁹⁵ Comunicaciones Nos. 1110/2002, *Rolando c. Filipinas*, párr. 4.5; 984/2001, *Juma c. Australia*, párr. 7.5; 536/1993, *Perera c. Australia*, párr. 6.4.

⁹⁶ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1156/2003, *Pérez Escolar c. España*, párr. 9.3; 1389/2005, *Bertilli Gálvez c. España*, párr. 4.5.

⁹⁷ Comunicaciones Nos. 903/1999, *Van Hulst c. los Países Bajos*, párr. 6.4; 709/1996, *Bailey c. Jamaica*, párr. 7.2; 663/1995, *Morrison c. Jamaica*, párr. 8.5.

⁹⁸ Comunicación N° 662/1995, *Lumley c. Jamaica*, párr. 7.5.

instancia superior se retrasa indebidamente en contravención del apartado c) del párrafo 3 de esa misma disposición⁹⁹.

Un sistema de revisión que solo se aplique a las penas que ya se han comenzado a ejecutar no satisface los requisitos del párrafo 5 del artículo 14, independientemente de que esa revisión pueda ser solicitada por la persona declarada culpable o dependa de las facultades discrecionales de un juez o fiscal¹⁰⁰.

El derecho a la revisión del fallo condenatorio se infringe también si no se informa al acusado de la intención de su abogado de no presentar razones de apoyo de su recurso, privándolo así de la oportunidad de buscar a otro representante a fin de que sus asuntos puedan ventilarse en apelación¹⁰¹.

b) Casos españoles ante el Comité

El Comité en varios casos se ha pronunciado respecto al derecho al recurso vulnerado por España, a continuación se indicarán algunos de los casos más significativos.

- Caso Cesáreo Gómez c. España¹⁰²

El 22 de febrero de 1992, en la Audiencia Provincial de Toledo se condenó al señor Cesáreo Gómez Vázquez, a 12 años y un día por el asesinato en grado de frustración en agravio de Antonio Rodríguez Cottin. Por ello la defensa técnica interpuso el recurso de casación, que fue rechazado por el Tribunal Supremo, teniendo como fundamento que de aceptarlo, se estaría desnaturalizando ese recurso, porque el mismo es de puro derecho.

⁹⁹ Comunicaciones Nos. 845/1998, *Kennedy c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.5; 818/1998, *Sextus c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.3; 750/1997, *Daley c. Jamaica*, párr. 7.4; 665/1995, *Brown y Parish c. Jamaica*, párr. 9.5; 614/1995, *Thomas c. Jamaica*, párr. 9.5; 590/1994, *Bennet c. Jamaica*, párr. 10.5.

¹⁰⁰ Comunicaciones Nos. 1100/2002, *Bandajevsky c. Belarús*, párr. 10.13; 836/1998, *Gelazauskas c. Lituania*, párr. 7.2.

¹⁰¹ Véanse las comunicaciones Nos. 750/1997, *Daley c. Jamaica*, párr. 7.5; 680/1996, *Gallimore c. Jamaica*, párr. 7.4; 668/1995, *Smith y Stewart c. Jamaica*, párr. 7.3. Véase también la comunicación N° 928/2000, *Sooklar c. Trinidad y Tabago*, párr. 4.10.

¹⁰² Hay recurso pero es insuficiente para revisar íntegramente la sentencia.

En este caso el Comité indica que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación, al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto, que es la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente. Además como se desprende de la propia sentencia de casación, solo se ha limitado la revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumpliendo con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto¹⁰³.

- **Caso Gomariz Valera c. España**¹⁰⁴.

Se trata del señor Bernardino Gomariz Valera, quien fue absuelto¹⁰⁵ por el delito de apropiación indebida en agravio de Coloniales Pellicer S.A. Ante ello la parte civil interpuso un recurso de apelación, el mismo que dio como consecuencia que el órgano judicial superior con fecha 16 de septiembre de 1996 revoque la sentencia y lo condene a 5 meses de arresto, a la suspensión del empleo o cargo público y derecho de sufragio y costas. La defensa técnica contra esta decisión interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimado el 29 de enero de 1997.

Con relación a este caso, el Comité ha señalado que el párrafo 5 del artículo 14 no solo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso del autor, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no aconteció respecto del autor. La circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación¹⁰⁶.

¹⁰³ Comunicación N° 701/1996, *Cesáreo Gomez c. Espana*. Dictamen de fecha 20 de julio del 2000. Párrafo 11.1.

¹⁰⁴ Se condenó en segunda instancia, y no hay recurso que permita la revisión íntegra de la sentencia.

¹⁰⁵ Mediante sentencia emitida por el juzgado en lo penal N° 2 de Murcia el 16 de mayo de 1996.

¹⁰⁶ Comunicación N° 1095/2002, *Gomariz Valera c. España*. Dictamen de fecha 22 de julio de 2005. Párrafo 7.1.

- **Caso Mario Conde c. España**¹⁰⁷

En este caso el Comité observó que el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de falsedad en documento mercantil, cargo del que había sido absuelto en primera instancia, y que recalificó el delito de apropiación indebida como delito continuado, por lo que se consideró que no procedía la prescripción del mismo. Con base a estas consideraciones, dicho tribunal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y aumentó la pena impuesta, sin posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados por un tribunal superior conforme a la ley. Por ello el Comité consideró que los hechos que tienen ante sí constituían una violación del párrafo 5 del artículo 14¹⁰⁸.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este apartado veremos los diferentes casos, en los que la Corte Interamericana se ha pronunciado, respecto a la vulneración del artículo 8.2h de la CADH, ello con la finalidad de verificar cuáles son los paradigmas establecidos por la Corte respecto al contenido de este derecho.

a) Una segunda instancia que no cumple con las garantías mínimas

a.1. Fuero incompetente

- **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**

El caso se refiere al juzgamiento de cuatro ciudadanos chilenos -Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez¹⁰⁹-, todos procesados en el Estado peruano por un tribunal

¹⁰⁷ En este caso se aumenta la pena, y el Comité refiere que no se permitió la revisión íntegra de la decisión.

¹⁰⁸ Comunicación N° 1325/2004, *Mario Conde c. España*. Dictamen de fecha 31 de octubre de 2006. Párrafo 7.2.

¹⁰⁹ Estas personas fueron detenidos en Lima durante el operativo denominado El Alacrán, llevado a cabo por la DINCOTE los días 14 y 15 de octubre de 1993. Durante su detención y procesamiento rigió en el Departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao un estado de emergencia y de suspensión de las garantías. Durante la fase de investigación policial el inculcado detenido no tiene derecho a contar con defensa legal, sino hasta que rinda declaración sobre los hechos, oportunidad en que a las supuestas víctimas se les nombró al mismo defensor de oficio. En la fase de investigación ante la DINCOTE se efectuaron, entre

sin rostro perteneciente a la justicia militar¹¹⁰, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto-Ley No. 25.659. Es preciso indicar que los recursos de apelación y nulidad fueron ejercidos por los abogados de los señores Castillo Petruzzi, Mellado Saavedra y Pincheira Sáez, los mismos que fueron desestimados¹¹¹, mientras que el recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada fue interpuesto por la abogada del señor Astorga Valdez. Finalmente, existía un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia contra las resoluciones de la jurisdicción militar relativas a civiles. Este recurso, consagrado en la Constitución Política de 1979, vigente al momento de la detención y aplicable en el procesamiento de las víctimas, fue modificada por la Constitución Política promulgada el 29 de diciembre de 1993, que señalaba que el mencionado recurso solo cabía en los casos de traición a la patria cuando se impusiera la pena de muerte. Al presentar los abogados de los señores Castillo Petruzzi y Astorga Valdez los recursos de casación, estos fueron rechazados en aplicación de la norma constitucional vigente.

otras, las siguientes diligencias: detenciones; reconocimientos médico-legales; registros personales, domiciliarios y de vehículos; incautaciones e inmovilizaciones de efectos; toma de declaraciones a los detenidos y testigos; y análisis de la documentación incautada, que incluye peritajes, solicitud de antecedentes policiales y requisitorias. El 18 de octubre de 1993 se comunicó a la Fiscalía Militar Especial- FAP la detención. Con base en las investigaciones policiales practicadas por la DINCOTE, el 18 de noviembre de 1993 el Fiscal Militar Especial denunció a los detenidos por la comisión del delito de traición a la patria. Al ser un delito de traición a la patria se aplica un procedimiento sumario “en el teatro de operaciones” llevado adelante por jueces “sin rostro”.

¹¹⁰ el “fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad”. Corte/DH. Caso Castillo Petruzzi y otros. Perú. Sentencia de 17 de mayo del 1999. Fondo Reparación y Costas. Serie C, N° 52. párrafo 125.C (argumento de la Comisión).

¹¹¹ Es de indicar, que con relación al señor Astorga Valdez, el 7 de enero de 1994, el Juez Instructor Militar Especial de la FAP declaró fundada la excepción de declinatoria de jurisdicción deducida por esta persona, por lo cual el Juzgado devenía incompetente para pronunciarse sobre su conducta criminal. El 14 de marzo de 1994 el Tribunal Militar Especial FAP confirmó la sentencia de primera instancia. El 28 de abril de 1994 el Fiscal General Especial Adjunto presentó su dictamen, por el cual solicitó que se modificara la resolución dictada en la declinatoria de jurisdicción en el caso de Astorga Valdez y que se impusiera la pena privativa de libertad de cadena perpetua como responsable del delito de traición a la patria. El 3 de mayo de 1994 el Tribunal Supremo Militar Especial, al resolver el recurso de nulidad interpuesto por las otras supuestas víctimas contra la sentencia de primera instancia, declaró nula la parte de dicha sentencia en que se da por fundada la excepción de declinatoria de jurisdicción presentada por el señor Astorga Valdez y en que el juez de primera instancia se inhibió del conocimiento de la causa por encontrarlo responsable del delito de terrorismo. Con base en ello el Tribunal Supremo Militar revocó en lo pertinente la mencionada sentencia y condenó al señor Astorga Valdez a cadena perpetua, ante ello se interpuso el recurso de revisión.

La Corte advierte que, los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecido por el artículo 8.1 de la Convención. Además precisó que el derecho de recurrir el fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. También señaló que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. Además manifestó que el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece¹¹².

- Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú

En el presente caso, la señora Lori Berenson, con fecha 11 de enero de 1996 fue sentenciada por el Juzgado Militar Especial a cadena perpetua, por el delito de traición a la patria; ante ello la defensa técnica el 19 de enero de 1996 apeló dicha decisión. El 30 de enero de 1996 el Tribunal Militar Especial del Ejército confirmó la sentencia condenatoria. Contra este fallo, con fecha 30 de enero de 1996, el abogado de la señora Lori Berenson interpuso recurso de nulidad, el mismo que fue resuelto el 12 de marzo de 1996 por el

¹¹² Corte/DH. Caso Castillo Petrucci y otros. Perú. Sentencia de 17 de mayo del 1999. Fondo Reparación y Costas. Serie C, N° 52. párrafo 161.

Tribunal Supremo Militar Especial, con identidad secreta, declarando no haber nulidad en la resolución.

El 7 de diciembre de 1999 la señora Lori Berenson interpuso un recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. El 18 de agosto de 2000 la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró procedente el recurso extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada, y nula la sentencia de fecha 12 de marzo de 1996 en el extremo que sentenciaba a la señora Lori Berenson.

El 24 de agosto de 2000 el Tribunal Supremo Militar dictó sentencia, declarando que se había incurrido en manifiesto error de hecho que debía enmendarse, y que existían hechos que configurarían la comisión del delito de Terrorismo, previsto y penado en el Decreto Ley N° 25475, cuya competencia corresponde al fuero ordinario, y declararon nula la sentencia del 30 de enero de 1996 en el extremo que condenaba a la señora Lori Berenson y acordaron declinar la competencia e inhibirse.

En el Fuero ordinario, la Fiscalía Ad Hoc ofreció en calidad de prueba los actuados remitidos por el fuero privativo militar, además se llevaron a cabo otras diligencias y fue acusada por terrorismo. El 20 de junio de 2001 la Sala Nacional de Terrorismo condenó a 20 años a la señora Lori Berenson, ante dicha sentencia la defensa técnica con fecha el 03 de julio de 2001 interpuso un recurso de nulidad, el mismo que fue desestimado el 13 de febrero de 2002 por la Corte Suprema de Justicia. Y el 19 de julio de 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra la República del Perú.

En cuanto al fuero militar, la Corte señaló, al igual que en el caso Castillo Petruzzi¹¹³, que el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquellos no constituyen una

¹¹³ *Ibíd.*, párr. 161

verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que satisfaga las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece¹¹⁴. En ese sentido la Corte declaró que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención en perjuicio de la presunta víctima, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en el procedimiento penal ante la jurisdicción militar¹¹⁵.

En cuanto al proceso ordinario la Corte señaló que “en relación con la actuación de las autoridades estatales durante la realización del proceso ordinario considerado en su conjunto, la Corte considera que no se ha comprobado que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención en perjuicio de la presunta víctima en el juicio seguido en su contra en el fuero ordinario”¹¹⁶.

a.2. Irregularidades en el acceso al recurso

- Caso Vélez Loor Vs. Panamá¹¹⁷

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención migratoria de Jesús Vélez Loor, por las malas condiciones en el centro de detención y por la falta de un debido proceso. Lo que se cuestiona entre otros, es que al señor Vélez Loor no se le notificó el contenido de la Resolución 7306 de 06 de diciembre de 2002¹¹⁸ expedida por la Directora Nacional de Migración, en donde resolvió imponerle la pena de dos años de prisión por haber hecho caso omiso de las advertencias sobre el impedimento de entrada

¹¹⁴ Corte/DH. Caso Lori Berenson. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 119. párrafo 193.

¹¹⁵ *Ibidem*. párrafo 194.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrafo 196.

¹¹⁷ No le notificaron la decisión de sentenciarlo a dos años de pena privativa de la libertad, y que dicha pena la iba a cumplir en el Cárcel Pública de la Palma en el Darién, lo que le impidió ejercer algún recurso contra dicha decisión.

¹¹⁸ El Estado reconoció el —incumplimiento de la obligación de haber notificado al señor Vélez Loor [del] contenido de la Resolución 7306 de 06 de diciembre de 2002[, en la medida de que —no existe constancia de la realización de la diligencia de notificación exigida al amparo del artículo 22 de la Constitución Nacional (...).Corte/DH. Caso Vélez Loor. Panamá. Sentencia de 23 de Noviembre del 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 218. párrafo 175.

que existía contra él¹¹⁹, y que debía cumplir dicha pena en uno de los Centros Penitenciarios del País.

Al respecto la CorteIDH precisó que en definitiva, la sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad; que el Estado no ha demostrado cómo en las circunstancias concretas en que se desarrolló la detención del señor Vélez Llor en la Cárcel Pública de la Palma en el Darién, estos recursos eran efectivos, teniendo en cuenta el hecho de que era una persona extranjera detenida que no contó con asistencia legal y sin el conocimiento de las personas o instituciones que podrían habérsela proporcionado¹²⁰. Por ello, dicha situación se circunscribía al campo de aplicación del artículo 8.2.h de la Convención, que consagra un tipo específico de recurso que debe ofrecerse a toda persona sancionada con una medida privativa de libertad, como garantía de su derecho a la defensa, y que la indefensión del señor Vélez Llor se debió a la imposibilidad de recurrir del fallo sancionatorio, hipótesis abarcada en la normatividad indicada¹²¹.

Además la CorteIDH señaló que resulta inadmisibles que la resolución 7306, emitida por la Dirección Nacional de Migración, mediante la cual se privó de la libertad por casi diez meses al señor Vélez Llor, no hubiera sido notificada, tal como lo reconoció el propio Estado. En ese sentido la falta de notificación es violatoria del artículo 8 de la Convención, porque colocó al señor Vélez Llor en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio. En consecuencia, este caso se enmarcaría en una situación de impedimento fáctico para asegurar un acceso real al derecho a recurrir, así como en una ausencia de garantías e inseguridad jurídica, por lo que no resultaría pertinente entrar a analizar los recursos mencionados por el Estado. Tampoco sería necesario analizar el alegato del Estado sobre la Defensoría del Pueblo como recurso no jurisdiccional, pues ésta no satisface la exigencia de

¹¹⁹ Esta resolución fue dejada sin efecto por la Directora Nacional de Migración con fecha 08 de septiembre del 2003 mediante la resolución 8230. Y el 10 de septiembre del mismo año fue deportado hacia Ecuador.

¹²⁰ Corte/DH. Caso Vélez Llor. Panamá. Sentencia de 23 de Noviembre del 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 218. párrafo 139.

¹²¹ Vid. Ibídem, párrafo 178.

un órgano revisor de grado superior con características jurisdiccionales, así como el requisito de ser un recurso amplio que permitiera un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas ante la autoridad que emitió el acto que se impugna. Por ende, no es un recurso al que las personas deban necesariamente acudir¹²².

a.3. No hay revisión de la decisión recurrida¹²³

- Caso Mendoza y otros Vs. Argentina¹²⁴.

En el presente caso César Alberto Mendoza¹²⁵, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza¹²⁶, Saúl Cristian Roldán Cajal¹²⁷ y Ricardo David Videla Fernández¹²⁸ fueron

¹²² Ibídem, párrafo 180.

¹²³ fórmulas rígidas contrarias a la revisión integral del fallo.

¹²⁴ En el presente caso, existe un recurso de casación, pero el mismo no permitía una revisión amplia tanto de los hechos como de derecho.

¹²⁵ El 28 de octubre de 1999 el Tribunal Oral de Menores No. 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declaró a César Alberto Mendoza, de 21 años de edad, coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado perpetrado con armas en cuatro oportunidades, homicidio calificado en dos oportunidades y lesiones graves, todos los cuales concurrieron materialmente entre sí. Con base en la Ley 22.278, fue condenado a la pena de prisión perpetua. Los delitos por los cuales fue condenado fueron cometidos siendo menor de 18 años. El 16 de noviembre de 1999 la Defensora Pública Oficial de la causa presentó un recurso de casación contra la sentencia dictada a César Alberto Mendoza. El Tribunal Oral de Menores desestimó el recurso de casación el 30 de noviembre de 1999. La Defensora Pública Oficial de la causa interpuso un recurso de queja por denegación de casación. Dicho recurso fue desestimado por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal el 23 de junio de 2000.

¹²⁶ Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza fueron procesados conjuntamente por el Tribunal Oral de Menores el 12 de abril de 1999. Dicho Tribunal declaró a Claudio David Núñez penalmente responsable por homicidio calificado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos en tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita, todos ellos en concurso real, por lo cual lo condenó a la pena de reclusión perpetua. En la misma sentencia se condenó a Lucas Matías Mendoza a prisión perpetua por ser responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el uso de armas, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita. Ambos cometieron los delitos imputados cuando eran menores de 18 años. Se interpusieron tres recursos de casación, uno de ellos, por la Defensa Pública Oficial a favor de Claudio David Núñez, y los otros por la Defensoría Pública de Menores a favor de Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez. Además, la defensora particular de Lucas Matías Mendoza interpuso otro recurso de casación. Finalmente, la Defensora Pública Oficial interpuso dos recursos de inconstitucionalidad, uno a favor de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, y otro a favor de Claudio David Núñez. El 6 de mayo de 1999 el Tribunal Oral de Menores rechazó los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos. La Defensa Pública Oficial, a favor de Claudio David Núñez, la Defensa Pública de Menores, a favor de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, y la defensa particular de Lucas Matías Mendoza, presentaron tres recursos de queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal contra la decisión de 6 de mayo de 1999 del Tribunal Oral de Menores que rechazó los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos. El 28 de octubre de 1999 la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció sobre los recursos de queja, declarándolos admisibles. Sin embargo,

sentenciados a cadena perpetua, por delitos cometidos cuando eran menores de edad. Por ello interpusieron recursos de casación que fueron denegados, básicamente con base en que lo que se procuraba era una revisión de cuestiones fácticas y probatorias -entre las cuales se cuestionaba la imposición de la prisión perpetua-, las mismas que estaban fuera del ámbito del alcance de los recursos de casación previstos por el artículo 474 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza y por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

¿Qué contempla las garantías establecidas en el artículo 8.2 de la Convención?

La CorteIDH, señaló que el artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “toda persona inculpada de delito”. En términos generales, se refiere a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y

mediante fallos emitidos el 4 y 19 de abril de 2000, la Cámara Nacional de Casación Penal desestimó los recursos de casación e inconstitucionalidad remitidos a esta instancia en virtud de los recursos de queja mencionados.

¹²⁷ El 30 de octubre de 2000 el Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza declaró a Saúl Cristian Roldán Cajal penalmente responsable por la comisión de los delitos de homicidio agravado en concurso real con robo agravado. El 6 de noviembre de 2000 se dispuso su tratamiento tutelar “durante el período de un año” y la práctica de “estudios psiquiátricos y psicológicos”. También se ordenó que este adquiriera un oficio o continuara con sus estudios escolares a través de la Penitenciaría Provincial. El 8 de marzo de 2002 el Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza impuso a Saúl Cristian Roldán Cajal la pena de prisión perpetua sin el beneficio de la reducción de la pena que contempla el artículo 4, segundo párrafo, de la Ley 22.278. Además, señaló que “teniendo en cuenta que [contra Saúl] Roldán Cajal registraba una condena anterior a este pronunciamiento, por hechos posteriores al que originó la presente causa, (en la cual fue declarado reincidente), surgía entonces la cuestión referida a la unificación de las penas impuestas, por lo que se remitía a aquella a fin de que procediera a la unificación de las penas. Los delitos imputados fueron cometidos cuando era menor de edad. El 3 de abril de 2002 la Defensora Pública Oficial interpuso un recurso de casación e inconstitucionalidad contra la decisión de 8 de marzo de 2002. El 8 de abril de 2002 el Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza resolvió no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, y admitió el de casación. El 5 de agosto de 2002 la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza denegó el recurso de casación. Posteriormente, el 5 de noviembre de 2002 la Quinta Cámara en lo Criminal de Mendoza resolvió unificar las penas impuestas en instancias anteriores aplicando a Saúl Cristian Roldán Cajal la pena de prisión perpetua y manteniendo la declaración de reincidencia⁸⁸, lo cual implicaba la imposibilidad de solicitar la libertad condicional prevista en el artículo 13 del Código Penal de la Nación.

¹²⁸ El 28 de noviembre de 2002 el Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza declaró la responsabilidad penal de Ricardo David Videla Fernández por la comisión del delito de homicidio agravado en concurso real con robo agravado en dos oportunidades, tentativa de robo, robo agravado, tenencia de armas de guerra; y robo agravado, coacción agravada y portación ilegítima de arma civil, y le impuso la pena de prisión perpetua. Respecto a estos delitos se iniciaron 9 causas penales. Todos los delitos imputados tuvieron lugar cuando Ricardo David Videla Fernández era menor de 18 años. El 19 de diciembre de 2002 su defensor particular presentó recursos de casación por seis de las causas acumuladas. El 24 de abril de 2003 la Suprema Corte de Justicia de Mendoza desestimó los recursos de casación.

proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena. En el último inciso en que expone esas garantías, es decir, el h), se refiere al “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que oriente el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes de la Convención¹²⁹.

También la CorteIDH indicó que el derecho de recurrir del fallo se encuentra previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 40.2.b.v señala que: “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”¹³⁰. Y que este derecho –al recurso–, “no se limita a los delitos más graves”. Por lo tanto, el derecho de recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos¹³¹.

La CorteIDH hace ver en los fundamentos 254 y 255 del caso Mendoza, que cuando se resolvió la no admisión de los recursos de casación interpuestos por César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández contra las sentencia condenatorias, en Argentina se tenía como premisa que el fallo casal estaba limitado a cuestiones jurídicas¹³². Además la Corte

¹²⁹ Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrafo 241.

¹³⁰ El Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que conforme a esta disposición “el niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia”.

¹³¹ Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrafo 247.

¹³² posteriormente a la decisión tomada con relación a dichos recursos, la Corte Suprema de la Nación indicó que abandonaba definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho, es

indica que con base en fórmulas rígidas contrarias a la revisión integral del fallo en el sentido exigido por la Convención, el rechazo de los recursos de casación fue *in limine*, sin ningún análisis sobre el fondo del asunto, y sin considerar que las cuestiones fácticas y probatorias también pueden incidir en la corrección de una condena penal (*supra* párr. 253). En términos de la jurisprudencia sobre los alcances del derecho de recurrir del fallo, las decisiones recaídas a los recursos de casación fueron contrarias a lo dispuesto por el artículo 8.2.h) de la Convención Americana¹³³.

¿El recurso de revisión es suficiente para garantizar el derecho al recurso?

Por otro lado, la Corte refiere que cuando el caso en comento, ya se encontraba en trámite ante su instancia, tanto en la sentencia de fecha 9 de marzo de 2012 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza a favor de Saúl Cristian Roldán Cajal, como en la sentencia del 21 de agosto de 2012 emitida por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal a favor de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, recaídas en los recursos de revisión presentados luego de la emisión por parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del Informe de fondo 172/10, se estableció en dichos fallos que los recursos de casación habían sido rechazados con el argumento de que los defensores procuraban una revisión de cuestiones de hecho y prueba, y que estas cuestiones quedaban “marginadas del ámbito del recurso”; y aplicando un control de convencionalidad, se reconoció que dichos criterios habían sido contrarios a lo establecido en el artículo 8.2.h) de la CADH y que, particularmente, no habían procurado un examen integral de la decisión recurrida y de las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior¹³⁴. Ante dicha decisión, a excepción de Ricardo David Videla Fernández, la Corte precisó que en ambos casos, el recurso de revisión, se trata de un recurso extraordinario que procede contra sentencias firmes bajo determinados supuestos, y que si bien mediante dicho recurso, se ha logrado la revisión de las condenas de los sentenciados aproximadamente 12

decir si el agravio del condenado es considerado una cuestión de hecho y prueba, ello no puede ser una excusa para negar el examen de los posibles errores de fallo.

¹³³ Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párrafo 256.

¹³⁴ *Ibidem*, párrafo 257.

años después, también lo es que este tipo de recurso no satisface el derecho previsto por el artículo 8.2.h) de Convención, en cuanto a la posibilidad de interponer un recurso antes de que la sentencia condenatoria quede firme y adquiriera calidad de cosa juzgada¹³⁵.

Por todo lo anterior, debido a que el recurso de casación no era suficiente para garantizar a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández el derecho de recurrir del fallo, la Corte consideró que Argentina violó el derecho reconocido en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 1.1 y 2 de la misma, en su perjuicio¹³⁶.

- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile¹³⁷

Las ocho víctimas de este caso son los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles. Todos ellos son chilenos. Los tres primeros eran a la época de los hechos del caso autoridades tradicionales del Pueblo indígena Mapuche, los otros cuatro señores son miembros de dicho pueblo indígena y la señora Troncoso Robles era activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo. La dirigencia de las comunidades mapuche la ejercen los “*Lonkos*”¹³⁸ y los “*Werkén*”¹³⁹, autoridades tradicionales electas. Los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao eran *Lonkos* y el señor Ancalaf Llaupe era *Werkén*.

¹³⁵ Ibídem, párrafo 260.

¹³⁶ Ibídem, párrafo 261.

¹³⁷ En este caso si había recurso de nulidad pero no analizó los hechos, solo se revisó la coherencia interna de la sentencia.

¹³⁸ Los *Lonkos* son los líderes principales de sus respectivas comunidades tanto en materia de gobierno como en aspectos espirituales, son considerados depositarios de la sabiduría ancestral y encabezan los procesos de toma de decisiones así como también presiden importantes ceremonias religiosas.

¹³⁹ Los *Werkén*, cuyo nombre significa “mensajero”, asisten a los *Lonkos* y cumplen un rol complementario de liderazgo, son portavoces de diversos temas como los políticos y culturales ante otras comunidades mapuche y ante la sociedad no mapuche.

Contra esas ocho personas se abrieron procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía) de Chile, en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley N° 18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” (conocida como “Ley Antiterrorista”)¹⁴⁰. En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados (relativos a incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada) resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona. El proceso penal seguido contra el señor Víctor Ancalaf Llaupe se tramitó en aplicación del Código de Procedimiento Penal de 1906 (Ley N° 1853) y sus reformas, porque los hechos por los que se le juzgó ocurrieron en la Región del BioBío en una fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en esa región. Los procesos penales seguidos contra las otras siete referidas personas se rigieron por el Código Procesal Penal de 2000 (Ley N° 19.696), porque los hechos por los cuales fueron juzgadas ocurrieron en la Región de la Araucanía con posterioridad a la entrada en vigencia del referido código en esa región. A las ocho víctimas de este caso les fueron dictadas medidas de prisión preventiva en dichos procesos penales.

A inicios de la década de los 2000, época en que ocurrieron los hechos por los cuales fueron condenadas penalmente las víctimas de este caso, existía en el sur de Chile (Regiones VIII, IX y X), fundamentalmente en la IX Región (de la Araucanía), una situación social de numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del Pueblo indígena Mapuche, líderes y organizaciones del mismo, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales¹⁴¹. En el contexto de esa protesta social se incrementó el nivel de conflictividad en dichas regiones y, aparte de las movilizaciones sociales y de otras medidas de presión, se presentaron algunas acciones de hecho y violentas calificadas como “graves”, tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en

¹⁴⁰ Esa ley fue promulgada en 1984 y ha sido modificada en 1991, 2002, 2003, 2005, 2010 y 2011.

¹⁴¹ Corte/DH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche). Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 279. párrafo 79.

curso, incendio de plantaciones forestales, cultivos, instalaciones y casas patronales, destrucción de equipos, maquinaria y cercados, cierre de vías de comunicación y enfrentamientos con la fuerza pública¹⁴².

A partir del año 2001 se incrementó significativamente el número de dirigentes y miembros de comunidades mapuche investigados y juzgados por la comisión de delitos ordinarios en relación con actos violentos asociados a la referida protesta social. En una minoría de casos se les ha investigado y/o condenado por delitos de carácter terrorista en aplicación de la referida Ley N° 18.314 (Ley Antiterrorista). De las 19 causas formalizadas por el Ministerio Público entre el 2000 y el 2013 bajo la Ley Antiterrorista, 12 de ellas “se relacionan a reivindicaciones de tierras de grupos mapuche”¹⁴³.

El resultado de los procesos penales contras las ocho víctimas de este caso fue el siguiente:

1. Los *Lonkos* Segundo Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequero Pichún Paillalao fueron condenados como autores del delito de amenaza de incendio terrorista¹⁴⁴ y se les impusieron las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos.
2. Los señores Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles fueron condenados como autores del delito de incendio terrorista por el hecho de incendio de un fundo¹⁴⁵ y se les impusieron las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio de los derechos políticos.

¹⁴² Ibídem, párrafo 81.

¹⁴³ Vid. Ibídem, párrafo 279.

¹⁴⁴ Mediante sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol de 27 de septiembre de 2003. En diciembre de ese año la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia desestimó los recursos de nulidad interpuestos.

¹⁴⁵ Mediante sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol mediante de 22 de agosto de 2004. En octubre de ese año la Corte de Apelaciones de Temuco desestimó los recursos de nulidad interpuestos.

3. El señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe fue condenado¹⁴⁶ como autor de la conducta terrorista tipificada en el artículo 2° N° 4¹⁴⁷ de la Ley N° 18.314 en relación con la quema de un camión de una empresa privada y se le impuso las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos.

➤ Conclusiones de la Corte, respecto del derecho de recurrir del fallo penal condenatorio ante juez o tribunal superior

La Corte reiteró su jurisprudencia sobre el alcance y el contenido del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior respecto de sentencias penales de condena. El derecho protegido en el artículo 8.2.h de la Convención implica un recurso que cumpla con: estar al alcance de toda persona condenada; tratarse de un recurso ordinario, en el sentido de que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; ser accesible, de manera que las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente; ser eficaz, de forma tal 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, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea; permitir un examen o revisión integral del fallo recurrido, lo cual implica que posibilite que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, de manera que las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria, y respete las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Mediante sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 4 de junio de 2004, que revocó parcialmente la sentencia condenatoria emitida por el Ministro Instructor.

¹⁴⁷ Relativa, *inter alia*, a “arrojar” artefactos explosivos o incendiarios “de cualquier tipo que afecten o puedan afectarla integridad física de personas o causar daño”.

¹⁴⁸ Caso Norín Catrimán y otros, op cit. párrafo 270.

La Corte además analizó si en los procesos penales en que se aplicó el Código Procesal Penal Chileno de 2000, se cumplió como garantizar un recurso que se ajustara a las exigencias del artículo 8.2.h de la Convención. Dicho código estableció el recurso de nulidad como único medio de impugnación (“para invalidar”) del juicio oral y la sentencia definitiva.

➤ **Proceso penal seguido contra Norín Catrimán y Pichún Paillalao**¹⁴⁹

Los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao interpusieron independientemente recursos de nulidad contra la sentencia parcialmente condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol de 27 de septiembre de 2003. El 15 de diciembre de 2003 la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia, en la cual desestimó todos los agravios expuestos por los recurrentes y mantuvo la sentencia parcialmente condenatoria respecto a estas dos personas.

La Corte constató que en ninguna parte de la sentencia de la Sala Segunda consta que se haya hecho un examen de los hechos del caso ni de las consideraciones jurídicas sobre tipicidad para verificar que las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida hubiesen estado basadas en pruebas convincentes y en un análisis jurídico adecuado. Simplemente pretendió hacer un análisis de coherencia interna de la sentencia.¹⁵⁰ Asimismo, verificó que no se realizó un análisis de fondo para concluir que la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para dar por probados los hechos ni sobre las razones de derecho que sustentaron la calificación jurídica de los mismos. La Corte sostuvo que la simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio que soporte lógicamente la parte resolutive de su decisión, implica que este no cumple con el requisito de eficacia del recurso protegido por el artículo 8.2.h de la Convención que

¹⁴⁹ Hay recurso, empero el órgano de segunda instancia no revisó las cuestiones de hecho y derecho, olvidó la interdependencia que existe entre las determinaciones fácticas y aplicación del derecho.

¹⁵⁰ Vid. Caso Norín Catrimán y otros, op cit. párrafo 278.

asegura que sean resueltos los agravios o inconformidades expuestas por los recurrentes, esto es, que se tenga acceso efectivo al doble conforme¹⁵¹.

La Corte concluyó que no se realizó un examen integral de la decisión recurrida y que, en consecuencia, el recurso de nulidad de que dispusieron los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao no se ajustó a los requisitos básicos necesarios para cumplir con el artículo 8.2.h de la Convención Americana, de modo que se violó su derecho a recurrir del fallo condenatorio.

➤ **Proceso penal contra los señores Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán y Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles**

Las cinco personas condenadas por el delito de incendio terrorista interpusieron independientemente recursos de nulidad contra la sentencia, los cuales fueron desestimados conjuntamente por la Corte de Apelaciones de Temuco mediante sentencia de 13 de octubre de 2004.

La CorteIDH consideró que, de los razonamientos expuestos por la Corte de Apelaciones de Temuco al resolver el recurso, surgía con claridad que no realizó un examen integral de la decisión recurrida, ya que no analizó todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria. La Corte concluyó que el recurso de nulidad del que dispusieron los señores Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo y Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles no se ajustó a los requisitos básicos necesarios para cumplir con el artículo 8.2.h de la Convención Americana, de modo que se violó su derecho a recurrir del fallo condenatorio¹⁵².

¹⁵¹ Caso Norín Catrimán y otros, op cit. párrafo 279.

¹⁵² Vid. Ibídem, párrafos 288, 289 y 290.

➤ **Alegado incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno**

La Corte observó que la controversia respecto del diseño normativo del recurso de nulidad estaba circunscrita a la amplitud de las causales del mismo establecidas en el Código Procesal Penal Argentino. Respecto de la causal de nulidad dispuesta en el artículo 373.b) del Código Procesal Penal, la Corte sostuvo que, desde el análisis del texto de esa disposición –que permite controvertir la sentencia por “errónea aplicación del derecho”- no podía concluir que la misma satisfacía la exigencia de eficacia del recurso, puesto que su formulación normativa no impone al juez o tribunal el deber de realizar un examen de tal naturaleza que permita resolver los argumentos propuestos por los recurrentes sobre determinaciones de los hechos que se imputan al condenado y que constituyen el presupuesto fundamental del reproche penal hecho por el Estado al inculcado. Por ende por su redacción no otorga seguridad jurídica al condenado respecto de la posibilidad de presentar agravios sobre cuestiones fácticas¹⁵³.

Con relación a la causal de nulidad del artículo 374.e) del Código Procesal Penal, la Corte valoró que los elementos aportados no eran suficientes para concluir que no cumple con el estándar de recurso eficaz garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención en lo que respecta a su amplitud para comprender la impugnación de cuestiones fácticas por medio de argumentaciones referidas al juicio probatorio realizado por el tribunal inferior. Tomando en cuenta que existen mutuas implicaciones entre las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica de la sentencia penal, la Corte consideró que, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no había sido probado que bajo la misma no fuera posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo¹⁵⁴.

Con base en esos argumentos la CorteIDH concluyó que en el presente caso el Estado no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la

¹⁵³ Vid. *Ibidem*, párrafo 293.

¹⁵⁴ Vid. *Ibidem*, párrafo 297.

Convención Americana, en relación con el derecho de recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2.h de la misma, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas.

- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica¹⁵⁵

Este caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por la imposición de una condena por difamación en perjuicio de Mauricio Herrera Ulloa y la falta de un recurso adecuado y efectivo para cuestionar dicha medida.

Los hechos se refieren a Mauricio Herrera Ulloa, periodista que trabajaba en el periódico “La Nación”, y a Fernán Vargas Rohmoser quien era el presidente de la Junta Directiva y representante legal de dicho periódico. Los días 19, 20, 21 de mayo de 1995 el periódico “La Nación” publicó un grupo de artículos los cuales habían sido redactados por Mauricio Herrera, acerca de la vinculación del señor Félix Przedborski, entonces delegado de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica, con diversas conductas ilícitas. El 28 de mayo de 1995 el señor Félix Przedborski publicó en el periódico “La Nación” un artículo en la cual daba su versión de los hechos. El señor Przedborski interpuso dos querellas contra el periodista por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas, a raíz de la publicación de los artículos mencionados. Asimismo, ejerció una acción civil resarcitoria contra el señor Mauricio Herrera Ulloa y contra el periódico “La Nación”

El 29 de mayo de 1998 se emitió una sentencia que absolvió al señor Mauricio Herrera Ulloa por ausencia del dolo requerido para la configuración de los tipos penales de los delitos. El abogado del señor Przedborski interpuso un recurso de casación. El 7 de mayo de 1999 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica anuló la sentencia casada. El 12 de noviembre de 1999 se emitió una sentencia condenatoria en contra del señor Herrera Ulloa. Asimismo condenó a “La Nación” como medio informativo en el que se publicaron los artículos difamantes, en carácter de responsable civil solidario. El 3 de diciembre de 1999 el defensor del querellado y apoderado del periódico “La Nación”,

¹⁵⁵ dos instancias.

interpuso un recurso de casación contra la sentencia condenatoria. Asimismo el señor Herrera Ulloa interpuso otro recurso de casación¹⁵⁶. Ambos fueron declarados sin lugar el 24 de enero de 2001.

¿Qué refirió la Corte con relación al derecho al recurso?

La CorteIDH consideró que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. 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 persona¹⁵⁷.

Además precisó que se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. del tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. 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 a recurrir del fallo¹⁵⁸. Igualmente señaló que la posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho¹⁵⁹. Y que independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida¹⁶⁰.

¹⁵⁶ De conformidad con la legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente se puede interponer el recurso de casación. Dicho recurso se encuentra regulado en los artículos 443 a 451 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

¹⁵⁷ Corte/DH. Caso Herrera Ulloa. Costa Rica. Sentencia de 02 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Serie C, N° 107 párrafo 158.

¹⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 161.

¹⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 164.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 165.

Deber del juez o tribunal encargado de resolver el recurso interpuesto

El Tribunal, también indicó que el juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen¹⁶¹.

Finalmente la Corte precisa que en el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no cumplieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conllevaría a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de este último y apoderado especial del periódico “La Nación”, contra la sentencia condenatoria, no satisfaga los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado¹⁶².

b) No hay segunda instancia

b.1. Aforados

- Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela¹⁶³

Los hechos del presente caso se inician en febrero de 2009 cuando se aprobó por el entonces Presidente, Carlos Andrés Pérez Rodríguez, una rectificación presupuestaria por Bs. 250.000.000,00 (doscientos cincuenta millones de bolívares). El señor Oscar Enrique Barreto Leiva ejercía en ese entonces el cargo de Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. La Corte Suprema de Justicia consideró que dicha rectificación presupuestaria constituía un delito y condenó a quienes consideró responsables de dicho ilícito incluyendo

¹⁶¹ Ibídem, párrafo 163.

¹⁶² Ibídem, párrafo 167.

¹⁶³ Solo existe una instancia.

al señor Barreto Leiva. Él fue condenado a un año y dos meses de prisión y a otras penas accesorias por haberse encontrado responsable del delito de malversación genérica agravada en grado de complicidad. El proceso, durante la etapa sumarial, implicó que el señor Barreto Leiva no fuera asistido por un defensor de su elección en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y contravirtiera el acervo probatorio en su contra. Asimismo, se le impuso la medida prisión preventiva, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, la cual duró más tiempo que la condena que recibió. La CIDH con fecha 31 de octubre del 2008 remitió el caso a la Corte.

La Corte precisó que la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.¹⁶⁴

Además el Tribunal ha indicado que el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso¹⁶⁵.

En razón de lo expuesto, el Tribunal declaró que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en

¹⁶⁴ Corte/DH. Caso Barreto Leiva. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre del 2009. Fondo Reparación y Costas. Serie C, N° 206. párrafo 89.

¹⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 90.

única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo¹⁶⁶.

- Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.

El caso trata de señor Alibux¹⁶⁷, quien fue juzgado en única instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y sentenciado el 5 de noviembre de 2003 por el delito de falsificación de acuerdo con el artículo 278, en relación con los artículos 46, 47 y 72 del Código Penal, y condenado a un año de detención y tres años de inhabilitación para ejercer el cargo de Ministro. A la fecha de la condena, el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio contra la sentencia condenatoria.

¿Qué indicó la Corte con relación al derecho al recurso?

La Corte en este caso también reiteró su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del artículo 8.2 (h) de la Convención, así como de los estándares que deben ser

¹⁶⁶ Ibídem, párrafo 91.

¹⁶⁷ El señor Alibux ejerció los cargos de Ministro de Finanzas y Ministro de Recursos Naturales entre septiembre de 1996 y agosto de 2000. Fue procesado con motivo de la compra de un inmueble realizada entre junio y julio de 2000. El 18 de octubre de 2001 se adoptó la Ley sobre Acusación de Funcionarios con Cargos Políticos, con el propósito de regular el artículo 140 de la Constitución de Suriname, a fin de “establecer las reglas para procesar a quienes hayan ejercido cargos en la administración pública, incluso con posterioridad a su retiro, por actos delictivos que hayan cometido en el ejercicio de sus funciones”. Si bien existieron investigaciones preliminares a cargo de la Policía, entre abril y septiembre de 2001, fue hasta el 28 de enero de 2002 que el Procurador inició el proceso penal de manera formal contra el señor Alibux, una vez que la LAFCP se encontraba vigente. El señor Alibux fue sometido a un procedimiento ante la Asamblea Nacional y una investigación preliminar. Posteriormente, el señor Alibux fue juzgado en única instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y sentenciado el 5 de noviembre de 2003 por el delito de falsificación de acuerdo con el artículo 278, en relación con los artículos 46, 47 y 72 del Código Penal, y condenado a un año de detención y tres años de inhabilitación para ejercer el cargo de Ministro. A la fecha de la condena, el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio contra la sentencia condenatoria. El 27 de agosto de 2007 fue establecido el denominado “recurso de apelación”, mediante una reforma a la LAFCP, a fin de que las personas acusadas con base en el artículo 140 de la Constitución fueran juzgadas en primera instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia, y en el supuesto que interpusieran el recurso de apelación, fueran juzgadas por entre cinco y nueve jueces del mismo órgano. Asimismo, dicha reforma estableció un plazo de 3 meses para que todas las personas que habían sido condenadas con anterioridad a la misma, pudieran apelar sus sentencias. No obstante, el señor Alibux no utilizó dicho recurso. Por otra parte, el artículo 144 de la Constitución dispone la creación de una Corte Constitucional. Sin embargo, la misma no había sido establecida hasta la fecha del presente fallo. Adicionalmente, el 3 de enero de 2003, mientras se llevaba a cabo el proceso penal contra el señor Alibux, se le impidió la salida del país en el aeropuerto de Paramaribo, cuando pretendía viajar por cuestiones personales.

observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior¹⁶⁸. Además, en relación con el establecimiento de jurisdicciones distintas a las penales ordinarias para el juzgamiento de altas autoridades, la Corte determinó que, ante la presunta comisión de un delito, si bien la jurisdicción penal ordinaria se activa con el fin de investigar y sancionar a los presuntos autores, a través de las vías ordinarias penales, con respecto a ciertas altas autoridades, algunos ordenamientos jurídicos han establecido una jurisdicción distinta a la ordinaria, como la competente para juzgarlos, en virtud del alto cargo que ocupan y de la importancia de su investidura. En este sentido, el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos. En virtud de ello, concluyó que la designación del máximo órgano de justicia, como en el presente caso lo fue la Alta Corte de Justicia, a efectos del juzgamiento penal de altos funcionarios públicos, no es *per se* contraria al artículo 8.2 (h) de la Convención Americana¹⁶⁹.

En el caso concreto, el señor Liakat Alibux fue juzgado por el máximo órgano de justicia de Suriname, por lo que no existía un tribunal o juez superior que pudiera hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio. Al respecto, en supuestos como estos, la Corte interpretó que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente. En este sentido, la Corte reiteró que puede establecerse, por ejemplo, que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estimó que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Corte/DH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 84 al 87.

¹⁶⁹ *Ibidem*, párr. 88 y 102.

¹⁷⁰ *Ibidem*, párr. 105.

Sin embargo, la Corte verificó que no existió ningún recurso ante el máximo órgano de justicia que juzgó al señor Alibux que pudiera ser interpuesto a efectos de garantizar su derecho a recurrir el fallo condenatorio, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 8.2 (h) de la Convención Americana. En este sentido, la Corte consideró que si bien fue la Alta Corte de Justicia la que juzgó y condenó al señor Alibux, el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios. En razón de lo anterior, aun cuando el procedimiento penal en instancia única estuvo a cargo de una jurisdicción distinta a la ordinaria, el Estado debió garantizar que el señor Alibux contara con la posibilidad de que la sentencia adversa fuera recurrida, con base en la naturaleza de garantía mínima del debido proceso que dicho derecho ostenta. La ausencia de un recurso, significó que la condena dictada en su contra quedara firme y por ende, el señor Alibux cumpliera una pena privativa de la libertad¹⁷¹.

En virtud de ello, la Corte constató que en el presente caso, el señor Alibux no contó con la posibilidad de recurrir su condena, con el fin de otorgarle seguridad y tutela a sus derechos, con independencia del rango o cargo ejercido y de la jurisdicción competente establecida para su juzgamiento. Asimismo, la Corte estimó que el Estado no pudo demostrar de qué manera, al ser juzgado por un grupo de tres jueces del máximo órgano de justicia, el señor Alibux contó con plenas garantías, en particular la de recurrir el fallo condenatorio, en contravención del artículo 8.2(h) de la Convención¹⁷².

Respecto del alegado subsecuente recurso de apelación, la Corte estimó que se creó cuando el fallo condenatorio ya había adquirido la calidad de cosa juzgada y luego de haberse cumplido el total de la pena. Para el señor Alibux, la posibilidad de interponer un recurso impugnatorio en el año 2007, contra una condena ya cumplida, significó su mera existencia formal, debido a que los efectos de la sentencia ya se habían materializado. Por tanto, la Corte concluyó que, el Estado de Suriname violó el artículo 8.2 (h) de la Convención Americana.

¹⁷¹ Ibídem, párr. 103.

¹⁷² Ibídem, párr. 106.

b.2. El caso argentino

- Caso Maqueda Vs. Argentina

El caso trata de señor Guillermo José Maqueda, quien fue sentenciado el 11 de junio de 1990 por la Cámara Federal de San Martín a diez años de prisión por su presunta vinculación al ataque al cuartel del RIM 3 de la Tablada, ante dicha sentencia la defensa técnica interpuso un recurso extraordinario, que fue rechazado por la Cámara el 25 de octubre de 1990. Por esta negativa, presentaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación recurso de queja por denegación, que fue rechazado el 17 de marzo de 1992.

En este caso, la CorteIDH no analizó el fondo del asunto, porque la Comisión Interamericana dedujo desistimiento de la causa planteada, argumentando que con fecha 20 de septiembre de 1994, el Estado Argentino había llegado a un acuerdo con el señor Guillermo Maqueda, en el sentido que se comprometía a dictar un decreto de conmutación de pena que reducía la misma, y que permitía al señor Maqueda salir en libertad condicional en forma inmediata. Además el Tribunal verificó que de autos aparecía que en cumplimiento del acuerdo, el Gobierno había expedido el Decreto N° 1680/94 que permitió salir en libertad condicional al señor Maqueda, en virtud de haberse reducido el plazo de su condena¹⁷³.

Asimismo el Tribunal señaló que considerando que la cuestión central en el caso es la violación del derecho a la libertad del señor Maqueda y que ese derecho había sido restituido mediante el acuerdo arribado por las partes, por ello no se habría violado la letra y el espíritu de la Convención Americana. Aunque en la demanda de la Comisión presentada ante la Corte se citan otros derechos consagrados en la Convención, así como mecanismos y disposiciones de derecho interno, estos han sido planteados en relación con el derecho a la libertad. No obstante ello, la Corte, teniendo presente la responsabilidad que le incumbe de proteger los derechos humanos, se reservó la facultad de reabrir y continuar

¹⁷³ Corte/DH. Caso Maqueda. Argentina. Resolución de 17 de enero 1995. Excepción Preliminar. Serie C No. 18. Párrafo 25.

la tramitación del caso si hubiere en el futuro un cambio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo¹⁷⁴.

- Caso Mohamed Vs. Argentina¹⁷⁵

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la imposibilidad de Oscar Alberto Mohamed de recurrir un fallo condenatorio en un proceso penal seguido en su contra.

Los hechos del presente caso se iniciaron el 16 de marzo de 1992, cuando el señor Oscar Alberto Mohamed, quien trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de una línea de colectivos, atropelló a una señora, quien falleció. Ese mismo día se inició un proceso penal contra el señor Mohamed por el delito de homicidio culposo. El 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional No. 3 emitió sentencia, mediante la cual resolvió absolver a Oscar Alberto Mohamed del delito de homicidio culposo. Luego de presentado el recurso de apelación, el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, en la cual resolvió condenar al señor Mohamed. El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal. Sin embargo, este fue desestimado. El señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer de colectivo, en razón de “su inhabilitación penal para conducir”¹⁷⁶.

Alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución

En primer término, la Corte señaló que el artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “toda persona inculpada de delito”. En el último

¹⁷⁴ Ibídem, Párrafo 27.

¹⁷⁵ Este caso presenta la particularidad de que al imputado se le siguió un proceso penal de dos instancias, y fue condenado en segunda instancia por un tribunal que revocó la decisión absolutoria del juzgado de primera instancia.

¹⁷⁶ Corte/DH. Caso Mohamed. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 255. hj

inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Además el Tribunal entendió que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena¹⁷⁷.

Además el Tribunal se pronunció sobre el alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución, debido a que el Estado sostuvo que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales¹⁷⁸. La Corte estableció que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena¹⁷⁹. Asimismo el Tribunal señaló que para confirmar su interpretación, de que se trata de un derecho que le asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “toda persona *declarada culpable* de un delito”, además reiteró su jurisprudencia que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención. La Corte finalmente concluyó que, en los términos de la protección que otorga el artículo 8.2.h de la Convención Americana, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir del fallo proferido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 22 de febrero de 1995, toda vez que en este se le condenó como autor del delito de homicidio culposo.

¹⁷⁷ Ibídem, Párrafo 91.

¹⁷⁸ Vid. Ibídem, Párrafos 89, y 94.

¹⁷⁹ Ibídem, Párrafo 92.

Contenido del derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria

La Corte resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, *inter alia*¹⁸⁰, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido¹⁸¹; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente¹⁸².

Asimismo el Tribunal indicó que 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 este 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 condenatoria¹⁸³.

Además el Tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Frase en latín que se traduce como "entre otras cosas".

¹⁸¹ Caso Mohamed. Op. cit. Párrafos 96 a 99.

¹⁸² Ibídem, Párrafo 99.

¹⁸³ Ibídem, Párrafo 100.

¹⁸⁴ Ibídem, Párrafo 101.

Análisis de la CorteIDH, de si al señor Mohamed se le garantizó el derecho a recurrir el fallo condenatorio

La Corte hizo notar que no fue controvertido que el ordenamiento jurídico aplicado al señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta. La decisión condenatoria de segunda instancia era una sentencia definitiva recurrible solamente a través de un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja¹⁸⁵.

El Tribunal consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional¹⁸⁶.

No obstante lo anterior y tomando en cuenta que el Estado sostuvo que el recurso extraordinario federal podría haber garantizado el derecho a recurrir el fallo condenatorio, la Corte efectuó consideraciones adicionales destinadas a examinar el tratamiento que en el caso concreto dieron los órganos judiciales a los recursos interpuestos por el señor Mohamed¹⁸⁷. La Corte resaltó que, aun cuando se analice si materialmente dichos recursos habrían protegido el derecho a recurrir la sentencia condenatoria del señor Mohamed, las causales de procedencia del recurso extraordinario limitaban *per se*¹⁸⁸ la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio. Por consiguiente, tal limitación incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Ibídem, Párrafo 102.

¹⁸⁶ Ibídem, Párrafo 104.

¹⁸⁷ Vid. Ibídem, Párrafo 105.

¹⁸⁸ Palabra latina que significa en sí mismo o por sí mismo.

¹⁸⁹ Caso Mohamed, op. cit. Párrafo 106.

La Corte constató que en el presente caso el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó manifiesto en la decisión proferida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó *in limine* el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían “a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado”¹⁹⁰.

La Corte concluyó que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también constató que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho¹⁹¹.

Adicionalmente, la Corte concluyó que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir el fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención¹⁹².

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte determinó que Argentina violó el derecho a recurrir el fallo protegido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed¹⁹³.

¹⁹⁰ Ibidem, Párrafo 110.

¹⁹¹ Ibidem, Párrafo 112.

¹⁹² Ibidem, Párrafo 116.

¹⁹³ Ibidem, Párrafo 117.

3. Enseñanzas del marco internacional

Después de los casos antes referidos, se observa que tanto España como Argentina son respetuosas del derecho al recurso, así tenemos:

- **Consolidación del criterio jurisprudencial en España a raíz de los casos resueltos por el Comité, respecto a la revisión íntegra de la sentencia en casos de instancia única.**

La legislación española prevé una segunda instancia penal (recurso de apelación) para las faltas y delitos de menor gravedad, en tanto que para los delitos de mayor gravedad prevé un segundo grado jurisdiccional constituido por el recurso extraordinario de casación. Sin embargo tal como se ha verificado en el apartado anterior, España ha sido responsabilizada en varios casos por el hecho de que en los delitos más graves tiene instancia única, no permitiendo que haya un recurso que permita la revisión integral del fallo, dado que solo existe el recurso de casación.

Por esta situación el Tribunal Constitucional español, a fin de garantizar el derecho al recurso y evitar sucesivas violaciones, ha entendido que la casación penal cumple las exigencias de los tratados internacionales sobre el derecho del penado a la revisión de la condena. Así se tiene que en STC 70/2002, 80/2003, ha precisado que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14. 5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia. Por ello queda claro que España, luego de ser responsabilizada en varios casos por vulnerar el derecho al recurso, a través de su Tribunal Constitucional ha dado una solución creativa para garantizar este derecho, en el

sentido de entender a la casación en sentido amplio, lo que permitirá la revisión íntegra del caso en segunda instancia.

Posterior a ello, en el Dictamen de fecha 31 de octubre de 2006 (comunicación 1305/2004, caso Víctor Villalón Ventura), si bien se señala que el Comité toma nota de que la decisión del Tribunal Supremo no permitió realizar una nueva valoración de la prueba, limitándose el Tribunal al revisar la valoración efectuada por el tribunal de instancia (párrafo 6.6), pero «Por otra parte, el Comité observa que del fallo del Tribunal Supremo se desprende que este examinó atentamente cada uno de los argumentos del autor, en particular el de que las declaraciones de sus familiares demostraban la imposibilidad de que los hechos se hubieran producido de la forma descrita en la sentencia. A este respecto el Tribunal consideró que el argumento de la defensa no tenía en cuenta la distinción que existe entre los criterios de credibilidad de los testigos y la prueba de indicios, concluyendo que en el caso se había respetado las reglas de lógica y experiencia en el sentido»¹⁹⁴.

- Recepción interna del doble conforme en la jurisprudencia Argentina después al caso Mohamed

Después de lo resuelto en el Caso Mohamed por la CorteIDH, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, emitió dos casos –Duarte y Cromañon-, en donde se busca una solución creativa a fin de garantizar el derecho al doble conforme. A continuación se señalará dichos casos, además se mencionará el caso Alberganti, el mismo que si bien fue emitido antes del caso Mohamed, pero es importante mencionarlo porque en él se da la misma solución.

a) Caso Duarte¹⁹⁵

La señora Felicita Duarte, fue absuelta en primera instancia por el delito de contrabando de estupefacientes para comercialización en grado de tentativa¹⁹⁶. Contra este fallo, el Fiscal

¹⁹⁴Vid. MORENO CATENA, Víctor. El Recurso de Apelación y la doble instancia penal, op.cit.

¹⁹⁵ Consultado el 28 de marzo de 2015 en: http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CSJN/AmplitudRecCas/CSJN_DUARTE_FALLO.pdf

interpuso recurso de casación para que se revoque la absolución y se reenvíe a otro tribunal a sustanciar otro juicio. La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal revocó la absolución y sin reenviar, ella misma condenó a la imputada a cuatro años y medio de prisión. Contra esta decisión la defensa técnica interpuso recurso extraordinario federal, señalando entre otros la imposibilidad de emitir condena por parte de la cámara de casación en razón de violación del artículo 8.2.h de la CADH y el artículo 14.5 del PIDCP. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia de vista de fecha 05 de agosto de 2014, precisó haciendo énfasis al caso Mohamed, que desde el punto de vista del derecho reconocido que prioriza la CADH en el artículo 8.2.h es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primera sentencia adversa. Además indica, que la concreta afectación a la garantía del doble conforme que impidió la revisión de la condena dictada contra Felicita Duarte mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz, impone que se designe a otra Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor, porque el recurso extraordinario federal interpuesto no constituía una salvaguardia eficaz de la doble conformidad.

De lo anotado se puede advertir que Argentina, después de la sentencia emitida por la CorteIDH, en el caso Mohamed, es respetuosa del derecho al recurso del condenado por primera vez, y en este caso dio una creativa solución, al decidir que la revisión íntegra de la sentencia de condena se dé por otro órgano de la misma jerarquía al que sentenció¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Por el Tribunal Oral Federal de Formosa.

¹⁹⁷ El cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH es una obligación que corresponde a un principio básico de derecho de responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, y no pueden alegar razones de orden interno para dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. MOSQUERA, Susana. “El Perú y la recepción de los tratados de derechos humanos”, (pp. 65-86) en: MOSQUERA, Susana (coordinadora). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima 2015. Es de obligatorio cumplimiento las decisiones de la CorteIDH dado su carácter vinculante, entendiendo por ello un cumplimiento integral que no se agota solo en la parte resolutive de las mismas, sino que abarca los valores y principios que aquellas encierran, desconocerlas podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función. Vid. BLUME, Ernesto. “Diálogo Interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú”, (pp. 87-104) en ídem.

b) Caso Cromañón¹⁹⁸.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, con fecha 19 de agosto de 2009 dictó sentencia¹⁹⁹, en la que condenó a: 1) Omar Chabán, ex gerenciador del local bailable Cromañón, a 20 años de prisión²⁰⁰; 2) Diego Marcelo Argañaraz, ex manager del Grupo Callejeros, a 18 años de prisión²⁰¹; 3) Carlos Rubén Díaz, ex subcomisario, a 18 años de prisión e inhabilitación especial perpetua²⁰², 4) Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández, ex funcionarios del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, recayó la pena de dos años de prisión y cuatro años de inhabilitación especial²⁰³; 5) Raúl Alcides Villarreal, ex colaborador de Omar Chabán, recayó la pena de 1 año de prisión por ser partícipe secundario del delito de cohecho activo, y lo absolvió del delito de estrago doloso seguido de muerte y de homicidio simple, en las modalidades de coautor, partícipe necesario y secundario. Además absolvió a los integrantes del Grupo Callejeros: Patricio Fontanet, Eduardo Vazquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Delgado y Daniel Cardell. Y a Miguel Ángel Belay, ex comisario de la seccional séptima. Dicha sentencia es recurrida. Y la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, con fecha 20 de abril de 2011 emitió sentencia²⁰⁴, en donde resuelve condenar a las personas absueltas en primera instancia - integrantes del Grupo Callejeros²⁰⁵

¹⁹⁸ El caso Cromañón conocido de esta manera ya que se trata de que un día 30 de Diciembre del 2004 un grupo de aproximadamente 2.811 jóvenes, de variados orígenes e intereses, se dispusieron a ver el show en vivo de la banda Callejeros, en un conocido boliche llamado República de Cromañón, también conocido como Cromagnon. Lo que iba a ser una fiesta concluyó con la trágica muerte de 193 chicos, y por lo menos 1432 heridos. El día 19 de agosto de 2009 se dictó un fallo en el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24.

¹⁹⁹ Se puede visualizar en el enlace consultado el 09 de abril de 2015: <http://www.cij.gov.ar/especial-cromanon.html>.

²⁰⁰ Como autor del delito de incendio doloso en concurso real con cohecho activo.

²⁰¹ Como coautor del delito de incendio doloso calificado y partícipe necesario del delito de cohecho activo.

²⁰² por considerarlo autor del delito de cohecho pasivo en concurso real con el delito de incendio doloso calificado, en calidad de partícipe necesario.

²⁰³ por considerarla autora del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

²⁰⁴ La sentencia se puede ver en el enlace consultado el 09 de abril de 2015: <http://cij.gov.ar/nota-6626-Croma-n-Casaci-n-conden-a-Chab-n-Villarreal-y-al-grupo-Callejeros-por-incendio-culposo.html>.

²⁰⁵ Con fecha 17 de octubre de 2012 se estableció la pena para cada uno de ellos, así se tiene que a: Patricio Fontanet siete años de prisión, Eduardo Vazquez seis años, Juan Alberto Carbone cinco años, Christian Eleazar Torrejón cinco años, Maximiliano Djerfy cinco años, Elio Delgado cinco años y Daniel Cardell tres años.

y a Raúl Alcides Villarreal²⁰⁶-. Por ello la defensa técnica interpuso queja a fin de que se declare procedente el recurso extraordinario deducido.

En el presente caso, la Corte Suprema de la Nación el mismo día que emitió la sentencia Duarte, se pronunció respecto a la procedencia de los recursos interpuestos, y para ello lo hizo remitiéndose a los fundamentos del caso indicado, y resolvió declarar procedente el recurso extraordinario y que se remita a la cámara Federal de casación Penal para que se designe una nueva sala²⁰⁷. En ese sentido, se puede advertir que Argentina después del caso Mohamed, es respetuosa en garantizar el doble conforme de las personas condenadas, permitiendo que otro órgano jurisdiccional del mismo rango del que emitió la sentencia revise en su integridad el caso.

c) Caso Alberganti²⁰⁸

Si bien la sentencia del caso Mohamed fue expedida por la CorteIDH, el 23 de noviembre de 2012, sin embargo es importante mencionar el caso Alberganti, cuya sentencia fue emitida el 05 de agosto de 2005, ello porque en dicho fallo, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF de la CABA, consideró que a pesar de no existir dentro del orden jurídico de la ciudad un recurso ordinario y amplio que regule tal situación, resultaba necesario otorgarle al imputado un remedio procesal para que la condena pudiera ser revisada por otros jueces distintos de quienes lo dictaron, proponiéndose como solución el

²⁰⁶ Con fecha 17 de octubre de 201, por los delitos de incendio culposos seguido de muerte en concurso real de cohecho activo en calidad de partícipe se le impuso seis años.

²⁰⁷ Resolvió hacer lugar la queja y declarar procedente el recurso ordinario interpuesto por la defensa de Cristhian Torrejón, Daniel Horacio, Patricio Rogelio Santos, Ana María Fernandez, Gustavo Juan Torres, Eduardo Vásquez, Fabiana Fiszbin, Raúl Alcides Cristhian Torrejón, Daniel Horacio y Patricio Rogelio Santos. Ver las resoluciones en la página consultada el 11 de abril de 2015: <http://www.cij.gov.ar/nota-13814-Causa-Croma-n-resoluciones-de-la-Corte-Suprema-en-causa-Chab-n-Omar-Emir-y-otros-s-causa-n-11.684-.html>.

²⁰⁸ Causa N° 269-00-CC/2004, caratulada “Alberganti, Christian Adrián s/infracción art. 68 CC-Apelación”, resuelta por la Sala el 27/12/04 y registrada en el TSJ como expte. N° 3910, caratulada “Alberganti, Christian Adrián s/ arta. 68 CC-apelación s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Rta. 05/08/2005).

nuevo sorteo de una sala²⁰⁹. Como se puede advertir este fallo es similar al dictado en el caso Duarte²¹⁰.

Lo novedoso, es que luego, con la entrada en vigencia el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en adelante PPCABA²¹¹, se trasladó lo resuelto por la cámara y receptado asimismo por el Tribunal Superior de Justicia a la normativa local puesto que al artículo 290 del CPPCABA prevé la posibilidad de recurrir la sentencia condenatoria de alzada ante la sala que sigue en turno a aquella que dictó sentencia recurrida, dándole igual trámite que al recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia²¹².

²⁰⁹ Ibidem”.

²¹⁰ Ver la resoluciones en la página consultada el 11 de abril de 2015: <http://www.cij.gov.ar/nota-13814-Causa-Croma--n--resoluciones-de-la-Corte-Suprema-en-causa--Chab-n--Omar-Emir-y-otros-s--causa-n--11.684-.html>

²¹¹ Emitido el 29 de marzo de 2007, y entrado en vigencia después de 180 días de su sanción.

²¹² HOPP, C. “Nuevos lineamientos del proceso penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema: la censura al juicio de reenvío en perjuicio del imputado y la necesidad de asegurar el recurso contra la condena en la alzada”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, número 10, octubre de 2011, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 691-709.

IV. PROPUESTAS PARA GARANTIZAR AL ABSUELTO EL ACCESO A UN RECURSO DE SEGUNDA INSTANCIA EN EL PERÚ

1. Modelos de segunda instancia

Debemos partir del hecho de que hay modelos de instancia única y de doble instancia o segunda instancia, con relación al primero como ejemplo tenemos a España que para los ilícitos penales sancionados más gravemente (abreviado —en el resto de supuestos— u ordinario), cabe un recurso extraordinario —casación—²¹³, lo citamos como patrón por cuanto la casación está diseñada para que el superior revise casos de puro derecho, no analiza cuestiones de hecho. Sin embargo como se dejó establecida la postura defendida en este trabajo es la segunda instancia o doble instancia, porque a través de ella un órgano superior podrá revisar la decisión en su integridad. Algunos autores como Montero Aroca²¹⁴ refieren que basta que la decisión primigenia sea revisada por un órgano superior para que se concretice el derecho al recurso, otros por el contrario como Maier²¹⁵ refieren que es necesario una doble conformidad. A continuación analizaré éstas dos posturas, para determinar cuál se suscribe.

a) Doble grado de jurisdicción

El doble grado de jurisdicción o doble instancia se ha definido como una forma para organizar el proceso en virtud del cual se establece para toda controversia susceptible de ser examinada en cuanto al fondo, dos sucesivas decisiones sobre el tema planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. También se ha considerado como tal al conjunto de actos procesales, originados por la apelación definitiva de la sentencia de un asunto, mediante los cuales un órgano jurisdiccional superior, con más preparación y experiencia, pueden conocer de aquel asunto

²¹³ Vid. CALDERON CUADRADO, M^a Pía. *El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada*. Publicada en revista jurídica de Castilla y León N° 14, enero 2008. Pág. 381.

²¹⁴ Vid. MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*, op.cit. pp. 170-173.

²¹⁵ Vid. MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*, op.cit. pp. 726 y siguientes.

que fue objeto de la primera instancia, finalizada por la sentencia apelada²¹⁶. Además supone un litigio resuelto en cuanto al fondo pero pendiente, en su concreción²¹⁷. El aporte de este sistema será que permite corregir yerros y, sobre todo ayuda a alcanzar un resultado justo, lo que desde luego no cabe desechar tan fácilmente, menos en una justicia que se quiere rápida²¹⁸. Es decir el punto de partida será un litigio que ha sido resuelto en primera instancia, pero una parte o ambas no se encuentran conformes con el fallo, y por ello interponen un recurso antes de que se declare firme la sentencia, a fin de que la decisión en su integridad sea sometida a un segundo enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional distinto, el mismo que tendrá la facultad de confirmar lo resuelto o revocarlo; bastará con ello para tener por concretado el derecho al recurso, incluso en los casos que por primera vez se sentenció en segunda instancia.

Podemos concluir, señalando que en el segundo grado de jurisdicción o instancia:

- El segundo examen y decisión debe ser efectuado por un órgano distinto del que realizó el primero, lo que supone que el efecto devolutivo es consustancial con el doble grado o instancia, porque el caso ira al superior jerárquico.
- La existencia real del segundo examen y decisión solo se ocasionará si alguna de las partes –Fiscal o sentenciado-, lo solicita expresamente, de modo que la regla del doble grado o instancia no supone la necesidad de que conozca el Tribunal Superior, sino simplemente la posibilidad de ese conocimiento, posibilidad que depende de la iniciativa de las partes.

²¹⁶ Vid. MONTERO AROCA, Juan. De los Medios de impugnación, en «*La nueva ley de procedimiento laboral*». Comentarios a las leyes laborales dirigidos por Borrajo Dacru, XXIII-2], Madrid 1990, Pág. 1272-1273. El mismo autor en *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*. Tirand Lo Blanch. Valencia 1997. Pág. 174-175. COLOMER, Juan Luis. «Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal», op.cit. pp. 191-192. El mismo autor en «La exigencia de la doble instancia en el proceso penal». En *aportaciones del Profesor Eduardo Font a la Doctrina Jurídica*. Ministerio de Justicia Madrid. Madrid 2003. Pág. 275-299. «Asimismo el doble grado de jurisdicción se define como un sistema de construcción del proceso en virtud del cual se establece una segunda posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa a realizar por distinto tribunal». CALDERON CUADRADO, M^a Pía. *La segunda instancia penal*, op.cit. p. 196.

²¹⁷ Vid. CALDERON CUADRADO, M^a Pía. *La segunda instancia penal*, op.cit. p. 86

²¹⁸ Vid. ALLORIO E. Citado por citado por PALOMO VELEZ, Diego, en «Apelación, doble instancia y proceso civil oral, op.cit. pp. 465-524.

- La legitimación para pedir el segundo examen y decisión se confiere a todas las partes, pero para que uno y otro se realicen la parte que lo pida ha de haberse visto perjudicada, de alguna manera, bien por la forma en que se ha realizado el primer examen, bien por el contenido de la primera decisión, con lo que surge la necesidad de lo que se denomina gravamen o afectación para recurrir.
- El segundo examen y decisión sobre el tema de fondo cuestionando en el proceso ha de poder tener el mismo objeto que el primero, de modo que el tribunal *ad quem* ha de poder asumir todas las facultades que tuvo el órgano *a quo*, sin perjuicio de que la parte recurrente pueda delimitar el ámbito del segundo examen y decisión, en el sentido que puedan pedirse solo respecto de algún o algunos elementos²¹⁹ del primer examen o decisión.
- La decisión de primera instancia debe ser una decisión válida, ya que de lo contrario será declarada nula, no habiendo verdadera doble instancia.
- En este modelo basta la revisión por un órgano superior para que se concrete el derecho al recurso, no es necesario la doble conformidad de la condena.

- Autores que están de acuerdo con esta postura.

Montero Aroca, señala que si el Tribunal superior revoca la sentencia y condena al acusado, si se interpretase de manera literal la norma internacional habría de llevar a la regulación de un nuevo recurso, porque el condenado tendría derecho a un recurso, a fin de que la decisión sea sometida a otro tribunal superior. Indica que dicha interpretación es inadmisibles, porque el Pacto no ha pretendido imponer la existencia de dos enjuiciamientos por dos órganos judiciales diferentes; ya que lo único que persigue es establecer una garantía de los ciudadanos consistente en que un Tribunal superior controle la corrección del proceso en que se impone una condena, pero en él no se trata de establecer una doble instancia en sentido estricto²²⁰. Para este autor la doble instancia se concretizará con la revisión formal de lo resuelto en primera instancia, por ello solo será necesario que el superior más imparcial y compuesto por técnicos con más experiencia y menos implicados socialmente

²¹⁹ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*, op.cit. p. 176.

²²⁰ Vid. *Ibidem* pp. 170-173.

en una causa, examinen si la condena se produjo conforme a la legalidad procesal. Esta postura no parece correcta, porque el Pacto es claro al señalar que: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por Ley»; además se parte de que dicho instrumento fue dado a favor de los ciudadanos, siendo necesario garantizar el derecho que le corresponde al doble conforme, teniendo la potestad el órgano superior de no solo revisar el aspecto legal sino también los hechos, los medios probatorios que se hayan llevado a cabo, en cuya base descansa la decisión del Juez, ya que muchas veces puede haber error en la interpretación de dichas pruebas.

En este contexto cabe analizar la sentencia de vista de fecha 11 de abril de 2013 emitida en el expediente N° 483-2011-99-3102-JR-PE-01 por la Sala Superior Penal de Apelaciones de Sullana²²¹, en donde dicha Sala resolvió revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y absolvió al señor Flores Nathals del delito de hurto simple de una laptop. Los medios probatorios que se señalan en dicha sentencia, entre otros son la testimonial de dos órganos de prueba²²² quienes habían manifestado en el juicio oral de primera instancia que el día de los hechos -18 de octubre de 2010, aproximadamente a las 16:00 horas- habían visto salir al señor Flores de la oficina del agraviado con un maletín, pero que no vieron que llevaba en el interior del mismo, el órgano judicial de primer grado lo condenó teniendo en cuenta éstas pruebas y otras; empero la Sala tuvo otro razonamiento para absolverlo en el sentido de que no habían otros medios probatorios que corroboren dichas declaraciones; y que por el contrario existían contraindicios porque: a) no se había acreditado que la víctima el día de los hechos haya entregado las llaves de la oficina de su estudio jurídico al imputado, puesto que la declaración del agraviado, no fue ni ofrecida ni actuada en el juicio oral. b) Existe una prueba documental consistente en un escrito de otro

²²¹ Los hechos según la acusación tratan que el 18 de octubre de 2010, aproximadamente a las 16:00 horas, el agraviado Roberto Henry Duque Ramírez le prestó las llaves de su estudio jurídico al acusado, para que este pueda ingresar y realizar escritos en su laptop. El señor Henry regresó a su oficina a las 19:30 aproximadamente, y se percató que no estaba su laptop, por ello llamó vía teléfono móvil al procesado, pero no le contestó. Posteriormente el 21 de octubre del mismo año logró comunicarse con el imputado, y le pide que le devuelva su computadora, pero este, le responde que si quiere su computadora tenía que ir a la ciudad de Trujillo a verla, o en todo caso ese tema lo tendrían que resolverlo a los golpes.

²²² Órgano de prueba, teniendo en cuenta lo establecido en el Código Procesal Penal, es el testigo.

abogado que ha consignado como domicilio procesal el lugar de donde supuestamente se habían sustraído la laptop, con lo se acredita que ha dicha oficina ingresaban más personas, corroborando lo afirmado por el sentenciado. c) Además valoraron la declaración del sentenciado en la audiencia de apelación, en donde este manifiesta que el agraviado en las tardes le había dicho que debería estar en otra oficina. d) Asimismo en la Audiencia de Apelación uno de los Jueces le preguntó al Ministerio Público ¿si a lo largo del juicio oral se ha logrado acreditar cuantos trabajadores, colaboradores existían en ese estudio jurídico?, a lo cual el Fiscal responde “que no (...)”. Con este nuevo razonamiento, la sala como se indicó absolvió al procesado. Como se puede verificar, muchas veces el órgano que juzga su razonamiento puede ser errado y con ello condenar a una persona, por eso será necesario que el órgano superior analice íntegramente la sentencia y de esta manera se concrete el derecho al recurso del condenado.

Doig Díaz, refiere que el Pacto tiene hasta tres interpretaciones diferentes, según sea el énfasis – mínimo, medio o máximo- que se ponga en asegurar las garantías del procesado. «Si el énfasis es mínimo bastará con entender que la sentencia debe ser sometida a un Tribunal superior. Si es medio, el acento se pondrá en la necesidad de una apelación que revisa el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena, sin los límites que contiene la casación. Por último, si se trata de máximo grado de garantismo, se propone que el artículo 14.5 sea interpretado como el derecho del imputado a tener un juicio doble, entendido como doble juicio en caso de condena». Y además refiere que contrastadas tales interpretaciones con el Código Procesal Penal de 2004, «resulta evidente que su sistema de recursos no se ha inclinado por la concepción mínima, de modo que para dar por cumplido el doble grado de jurisdicción no basta con que la sentencia sea susceptible de ser revisada por un tribunal superior; ni tampoco se ha instaurado la maximalista, que podría conducir al absurdo de arbitrar un nuevo recurso para quien resulta condenado por primera vez, en segunda instancia»²²³. Esta postura no parece del todo correcta ya que el Pacto prescribe en su artículo 14 inciso 5: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el

²²³ Vid. DOIG DÍAZ, Yolanda. El Recurso de apelación contra sentencias. En: Coordinadores CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFAN, Fany Soledad. *El nuevo proceso penal estudios fundamentales*, op. cit. pp. 545-546.

fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley». Por ello se considera que la interpretación que se dé al Pacto debe ser con un énfasis máximo, que permita que ante toda condena el sentenciado pueda recurrir.

San Martín Castro señala que la tesis del “doble conforme” no se deduce linealmente del texto de la norma internacional, puesto que – a su juicio lo que en puridad se exige es la necesaria habilitación de un recurso devolutivo, que permita someter la condena ante un tribunal superior, en cuyo caso la decisión de condena que pueda surgir del tribunal superior habría sido tomada precisamente en un segundo enjuiciamiento, que es el núcleo duro esencial del PIDCP²²⁴. De ello se verifica que este autor tiene en cuenta que el derecho al recurso solo estaría garantizado con el doble grado, no siendo necesario el doble conforme.

Iberico Castañeda refiere que al haber incorporado en nuestro sistema penal la posibilidad de condenar a una persona absuelta en primera instancia, se podría concluir teniendo en cuenta lo establecido por el Pacto que se ha vulnerado un estándar normativo. Sin embargo indica que esto debe ser objeto de flexibilización, lo que se consigue a partir de vincular el concepto de doble grado de jurisdicción al tema de valoración probatoria, de donde se podría concluir que solo habría afectación al marco constitucional, cuando la sentencia que codena al absuelto se fundamenta en medios probatorios incorporados y actuados ante la sala de Apelaciones. Es decir el material probatorio no conocido ni valorado por el *a quo*, lo que significa, a su criterio, que en ese supuesto no ha existido instancia plural, necesitándose que otro nivel jurisdiccional evalúe dicho material probatorio recién conocido en la sala, lo que no va a poder conseguirse a través del recurso de casación²²⁵. Al respecto se debe entender que lo que se busca con el Pacto es que una persona condenada

²²⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Lima. Grijley E.I.R.L. 2da, Ed. T-II. 2003, pp. 933-934.

²²⁵ IBERICO CAETANEDA, Luis Fernando. Teoría de la impugnación en el Código Procesal Penal de 2004. En ALVA MONGE, Pedro (Coordinador). *Estudios sobre los medios de impugnación en el Proceso penal*. Gaceta jurídica, Lima 2012.

tenga derecho al doble conforme de la decisión en su integridad, por ende sí se vulneraría ésta garantía si se condena a una persona incluso solo teniendo los medios probatorios actuados en la audiencia de primer grado, por ende no debe ser objeto de flexibilización.

- **Caso práctico en el que se reconoce la doble instancia**

La doble instancia o doble grado de jurisdicción se ha reconocido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República en la Consulta N° 2491-2010, de fecha 14 de septiembre de 2010. Y ello, se da en mérito a que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa²²⁶, la que por considerar inconstitucional, declaró inaplicable el artículo 425 apartado 3 literal b) del Código Procesal Penal. En dicha oportunidad la citada Sala Constitucional desaprobó la resolución consultada, justificando la constitucionalidad de la norma en mención, esencialmente en los siguientes argumentos:

«a) Tal disposición es reconocida en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *ad quem* solo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución (...) no existiendo justificación razonable que permita, de un lado avalar la posibilidad de una decisión del *ad quem* que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades

²²⁶ El caso trata del señor Jorge Adcco Ccanahire, que se le procesó por haber abusado sexualmente en varias oportunidades de la hija de su pareja -menor de iniciales C.V.H.Q-, desde cuando la misma tenía 14 años de edad, por estos hechos el Juzgado Colegiado de Arequipa lo absolvió. Ante ello el Ministerio Público interpone recurso de apelación. Es así que el caso llega a la Sala Penal Superior de Arequipa, la misma que emitió la sentencia de vista con fecha 22 de junio de 2010, y manifestó que revisando los medios probatorios consistentes en la declaración de la directora, profesora, el tío que la cobijó en su casa a la menor, la oralización de los exámenes periciales sobre el perfil psiquiátrico y psicológico del acusado, teniendo en cuenta que todos los peritos se ratificaron en la pericias señalando que la víctima tenía las características de una persona sometida a violación indicando quien era el autor; por ello la Sala consideró que existía material probatorio que merecía un análisis conjunto y más depurado concluyendo que la evaluación efectuada en primera instancia fue defectuosa porque con los medios actuados en juicio correspondía emitir condena (fundamento 2.10). Empero dicha Sala no resolvió condenando en segunda instancia al acusado sino declaró la nulidad de la resolución e inaplicable al caso en concreto parte del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal por colisión con el derecho a la instancia plural que consagra la Constitución (artículo 139.6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos (DUDH, PIDCP y CADH).

respecto de la absolución. b) que la pluralidad de instancias se agota con el doble examen de las causa de instancias diferentes, al margen de quien haya sido el impugnante, no afectándose esta en la medida en que en estricto lo que se reconoce en dicha norma se satisface como mínimo en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero (considerando quinto y séptimo); c) que el recurso de apelación no permite arribar a una conclusión que implique una *reformatio in peius* para el procesado (considerando sexto)».

Del caso mencionado se puede precisar que en el Perú hay un antecedente jurisprudencial, en donde la Corte Suprema refiere que para que se dé la doble instancia basta que la impugnación se someta a un órgano superior, no analizando más haya respecto a la titularidad exclusiva del derecho al recurso del condenado, y solo se limita a señalar que basta que el caso haya sido revisado por dos instancias, al margen de quien haya sido el impugnante. Al respecto no se considera correcta esta decisión porque como se verá más adelante es necesario para que se concretice el derecho al recurso un doble conforme.

b) Doble conforme

Esta teoría parte de que debe haber un doble convencimiento de la condena de una persona, si esta lo solicita, porque el derecho al recurso es una garantía fundamental del condenado establecida en la CADH y en el PIDCP. Maier refiere, que la garantía procesal, bien explicada, debe conducir, necesariamente, a la exigencia de que, para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una «doble conformidad», si el condenado la solicita. Esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal, ha sido perfectamente descrita, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio del «doble conforme». El «derecho al recurso» se transformaría, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión – el procedimiento para verificar la doble conformidad- que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena por aplicación

de la fórmula: -dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución- y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria²²⁷.

Esta acepción toma como punto de partida la noción del error judicial como resultado de culpabilidad erróneo y la idea de segunda oportunidad para que el condenado vea satisfecha su pretensión de quedar absuelto. Al aumentar el número de juicios o instancias jurisdiccionales el acusado aumenta sus probabilidades de mantenerse inocente y obtener una resolución justa, porque la condena debe ser capaz de subsistir el reexamen de un nuevo juicio, si se cumplen los requisitos que habilitan la revisión. En ese sentido permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado, siendo por ello indispensable para el condenado y el Estado.

López Masle considera que la doble conformidad se identifica con «el derecho a lograr un nuevo juicio» cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso²²⁸. Al respecto parece que no es un nuevo juicio lo que se busca, sino que es una revisión de lo actuado, y si es necesario, imprescindible que declare el órgano u órganos de prueba que ya declararon en el juicio oral de primera instancia, la sala superior los citará.

Vegas Torres, indica que «si la apelación se concede solo contra las sentencias condenatorias –por lo menos en cuanto se refiere a la posible revisión de juicio fáctico-, la segunda instancia adquiere pleno significado, no como mecanismo de depuración de las infracciones cometidas durante la primera instancia, sino como manifestación de un derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de un doble convencimiento: el juzgado de primera instancia, por un lado, y, además, el órgano de apelación. Así la primera

²²⁷ Vid. MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*, op.cit. p. 726.

²²⁸ Vid. LÓPEZ MASLE, Julián (con HORVITZ LENNON). *Derecho procesal penal*, Tomo II, Editorial jurídica de Chile, 2005. Pág. 350 y ss.

instancia ya no es inútil: si el juzgador no está convencido de la culpabilidad del acusado, su ausencia de convicción vale definitivamente como patrón de certeza de los hechos a los efectos de su fijación en el proceso, en este caso, ciertamente con su resultado negativo, ya que los hechos no quedarán fijados; si, por el contrario, está convencido de la culpabilidad, su convicción es el primer paso para que el acusado, si apela, puede ser definitivamente condenado. La repetición del juicio ante el órgano de apelación encuentra también plena justificación, puesto que al exigirse el convencimiento de dicho órgano para confirmar la condena, es necesario que la formación de dicho convencimiento se produzca, por lo menos, en iguales condiciones que la del Juzgador de primera instancia²²⁹.

La CorteIDH sobre este tema ha indicado que se debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida²³⁰. Por lo tanto, debe permitir que se analicen las 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 condenatoria²³¹. De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial²³², pues el examen total del «fallo condenatorio» solo puede entenderse como una decisión que implique la determinación fáctica y jurídica de responsabilidad penal del procesado; y se determinará la «pena» referida al tipo y quantum de la sanción penal impuesta como consecuencia jurídica de la decisión condenatoria.

- Caso práctico en el que se reconoce el doble conforme

Casi dos años después de emitirse la Consulta N° 2491-2010, en la que como se dijo se reconocía la doble instancia o doble grado de jurisdicción, la Sala Penal Permanente de la

²²⁹ VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993.

²³⁰ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 165, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, párr. 56.

²³¹ Cfr. *Caso Mohamed Vs. Argentina*, párr.100, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, párr. 86.

²³² Cfr. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, párr. 89, *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, párr. 49. *Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile*, párr. 279.

Corte Suprema de la República (en adelante Corte Suprema o Sala Penal), se pronuncia en la casación N° 40-2012- AMAZONAS²³³, de fecha 19 de septiembre del 2013, respecto a la condena del absuelto. Antes de pasar a indicar lo referido por dicha Corte, es de señalar que el caso trata del señor Segundo Homero Burgos, quien fuera procesado por el delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, siendo absuelto en primera instancia por el Juzgado Penal Colegiado de la provincia de Utcubamba. Por esta razón el Ministerio Público interpuso recurso de apelación a fin de que la sentencia se declare nula. En segunda instancia, la Sala Mixta de Apelación emitió la sentencia de vista declarando infundada la nulidad y condenando por primera vez al acusado. Por ello el órgano acusador interpuso el recurso de casación alegando que se aplicó indebidamente el artículo 425.3 CPP (referido a la condena del absuelto) y el artículo 15 del Código Penal (error culturalmente condicionado).

La Corte Suprema en esta casación señala que nuestro ordenamiento jurídico nacional contempla en los artículos 419 numeral 2 y 425 numeral 3 literal b) del Código Procesal Penal los supuestos de revocación del fallo absolutorio por uno condenatorio, con base en la actuación y valoración de prueba nueva en audiencia de apelación, entendida como aquella que se desconocía o que fueron indebidamente denegadas o las no practicadas en primera instancia. En mérito a dicha normatividad la sentencia recurrida condenó al procesado, quien había sido previamente absuelto del cargo por el delito que se les atribuía. A partir de ello, se cuestiona la constitucionalidad de las normas indicadas, por considerarse en oposición con el derecho constitucional a la pluralidad de instancia recogido en el numeral 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. El núcleo problemático reside en esclarecer si el derecho a la pluralidad de instancia en materia penal implica: doble conforme o simplemente doble instancia al margen de quien impugne la primera decisión; y si en el primer caso el sistema procesal de impugnación habilita la posibilidad de mantener la condena del absuelto.

²³³ Gaceta Penal & procesal penal Tomo 61/julio 2014. Pág. 278 a 289.

A fin de dar respuesta a su interrogante dicha Sala Penal, analiza la pluralidad de instancia regulada en nuestra Norma Suprema, indicando que tal norma está redactada en clave de principio, que sus condiciones de aplicación no están expresamente definidas, por lo que corresponde al intérprete efectuar un desarrollo de su contenido. Además entre otros analiza lo establecido en el artículo 14 literal 5) del PIDCP, y señala que los términos empleados en dicha norma son suficientemente unívocos para guiar y delimitar la capacidad reguladora del legislador en el sistema de recursos en materia penal, el enunciado “tendrá derecho a que el fallo condenatorio y pena que se haya impuesto sean **sometidos a un tribunal superior**” no se compone de conceptos vagos o imprecisos, antes bien, son claramente determinados y posee un significado único en cualquier comunidad jurídica del mundo -los términos “fallo condenatorio” solo puede entenderse como una decisión que implique la determinación fáctica y jurídica de responsabilidad penal del imputado; y “pena” referida al tipo de quantum de la sanción penal impuesta como consecuencia jurídica de la decisión condenatoria-; de modo que, en virtud de esta norma que por su rango opera como “regla de validez” de las infraconstitucionales, no está a merced del legislador la posibilidad de restringir, menos prohibir, que una decisión condenatoria- y por ende desfavorable al procesado- sea susceptible de reexamen por un órgano superior, y el único mecanismo procesal que a tal fin propugna la teoría general del proceso es el de un medio impugnatorio; que, por tanto, -al margen de la denominación que se le asigne –debería estar previsto dentro del ordenamiento jurídico.

Además precisa que «el derecho a recurrir el fallo es una garantía esencial en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio brindando de esta manera mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Siendo ello así, la condena del absuelto, habilitada por las normas procesales objeto de evaluación, no es *per se*²³⁴ incompatible con la Constitución.»

²³⁴ Expresión latina que significa ‘por sí mismo’ o ‘en sí mismo’.

Finalmente indica que la decisión absolutoria de primera instancia, se ajustaba a la prueba actuada y a ley; y declararon fundado el recurso de casación por la indebida aplicación y errónea interpretación de la norma sustantiva y procesal penal, previsto en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal y, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la garantía constitucional referida al derecho a la pluralidad de instancias, previsto en el inciso 1 del mismo dispositivo legal, interpuesto por el representante del Ministerio Público, en consecuencia nula la sentencia de vista. Además indicó actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo confirmaron la sentencia de primera instancia.

Como se puede verificar en esta casación la Sala Penal Permanente da un giro diferente a lo expresado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, la misma como ya se refirió confirmó la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto y señaló que para que se dé la doble instancia basta con la revisión del caso por dos órganos jurisdiccionales. Además lo resaltante en esta casación, es que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema actúa en sede de instancia y se pronuncia sobre el fondo confirmando la sentencia absolutoria de primera instancia.

Asimismo es preciso señalar, que catorce días antes de expedir la casación antes referida, la Sala Penal Permanente emitió la Casación N° 195-2012-MOQUEGUA²³⁵, en la cual en sus considerandos del sexto al décimo segundo –punto 12.1-, se pronuncia respecto al derecho al recurso, y además se formula la interrogante, de si el derecho a la pluralidad de instancia en materia penal implica: doble conforme o simplemente doble instancia al margen de quien impugne la primera decisión. Empero en dicha casación al final resuelve el caso señalando que la sentencia de segunda instancia tenía motivación insuficiente, por ello declararon fundado el recurso de casación interpuesto por Jorge Manuel Sotomayor

²³⁵ El caso trata de los señores Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar quienes fueron condenados por primera vez en segunda instancia por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado; dicha sentencia fue emitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, en la cual revocó el fallo proferido por el Juzgado Unipersonal de la Provincia de General de Sanchez Cerro.

Vildoza; en consecuencia casaron y declararon nula la sentencia de vista, y con reenvío declararon nula la sentencia de primera instancia. Y además ordenaron que se lleve a cabo un nuevo juzgamiento por otro juzgado colegiado y se emita nueva sentencia.

- **¿Es necesario en segunda instancia un nuevo juicio o solo la revisión de lo actuado en primera instancia?**

Parte de la doctrina señala que teniendo en cuenta la concepción del doble conforme, la preeminencia del juicio emitido en segunda instancia solo puede justificarse si se realiza con los mismos instrumentos que la primera instancia y por razón de la jerarquía judicial de quien lo realiza²³⁶, es decir que el juicio de primera instancia se repita en su totalidad. Al respecto dicha postura no debe tomarse, porque repetir todo lo actuado en primera instancia, sería dejar sin contenido esta etapa procesal, ya que no tendría razón de ser; además repitiendo todo el juicio no hay restricción en la presentación de nuevos medios probatorios, cosa inadecuada porque las partes bien podrían tener conocimiento de pruebas en primera instancia y por estrategia no presentarlas, esperando la oportunidad para hacerlo en segunda instancia, lo que conllevaría a una dilación indebida del proceso. Por ello lo correcto parece ser que para garantizar el doble grado de jurisdicción basta que se dé una revisión de lo actuado de primera instancia, y solo se cite a declarar a los órganos de prueba cuando sea necesario, además en cuanto a las pruebas presentadas en segunda instancia, no se restringe dicho derecho, pero para ejercerlo debe cumplirse una serie de requisitos dentro de los cuales estará que la parte que lo presente no tenga conocimiento de su existencia cuando se dio el juicio de primera instancia, o este se ha generado después de que la primera instancia sentenció.

c) Presupuestos necesarios para acceder a la doble instancia.

Para poder acceder a la doble instancia, es necesario que se cumplan con los requisitos que a continuación se mencionan:

²³⁶ PEREZ MANZANO, Mercedes. La Reforma de la ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal, op.cit.

➤ **Un proceso pendiente**

Para poder acceder al doble grado de jurisdicción o doble conforme, es necesario que exista un proceso con sentencia, pero la misma no debe tener la calidad de firme. Lo que se revisará en segunda instancia será los mismos hechos analizados en primera instancia, por ende será un nuevo examen o nuevo enjuiciamiento de una idéntica cuestión ya deducida y resuelta. No se trata pues de un distinto proceso con hechos diferentes y, en su caso, con personas acusadas distintas.

➤ **Que la parte perjudicada lo interponga**

Si bien como ya se precisó, el derecho al recurso es una garantía constitucional que le corresponde a toda persona sentenciada que se cree injustamente condenada, empero requisito esencial para que se haga efectivo este recurso es que el sentenciado lo interponga.

➤ **Que se señale el gravamen**

La parte que lo interponga deberá precisar los 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 apoyan. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta²³⁷, y señalando el perjuicio o gravamen que le causa con la decisión, si no le causa afectación entonces no podrá interponerlo. Por ejemplo podría ser el caso de una persona absuelta y sin ninguna consecuencia en la sentencia que pretenda interponer recurso contra dicha decisión, en ese caso el recurso será improcedente.

➤ **Una primera decisión válida**

La decisión de primera instancia será válida si al emitirla no se ha quebrantado garantías y normas procesales. Porque de haberse quebrantado, el legislador autoriza a la parte para que, en apelación y mediante la alegación de transgresión de las garantías y normas procesales, pueda poner de manifiesto los tradicionalmente denominados *error in procedendo*. Errores que, cometidos por el órgano jurisdiccional en su proceder, bien

²³⁷ Inciso 1.c del Artículo 405 del CPP.

durante la tramitación de la primera fase (juicio oral, sobre todo), bien en el momento de dictar sentencia, se presentan como fundamento de una mayoritaria solicitud de «declaración de nulidad del juicio»²³⁸, es decir solo se analizará cuestiones de puro derecho, por ello se solicitará la nulidad. En ese caso no habría un auténtico segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, porque faltaría un presupuesto esencial que es una primera sentencia válida. Pues en estos casos, el órgano jurisdiccional superior solo analizará lo resuelto en primera instancia en cuanto a la vulneración de una norma legal o constitucional que se ha dado en él, no examinando hechos, y pues retrotraerá el caso hasta el momento antes de la violación; en ese sentido no estudiará integralmente la decisión recurrida, por ello no se puede considerar una verdadera segunda instancia o doble conforme.

Dos ejemplos de lo antes descrito. El primero será, el proceso seguido en el expediente N° 00042-2013-88-3101-JR-PE-03, en donde la Sala Penal de Apelaciones de Sullana en la resolución de fecha 16 de septiembre de 2013, señaló que la decisión de primera instancia no había sido leída en audiencia pública, y por ende se había vulnerado el artículo 396° inciso 3° del CPP²³⁹, y repuso el proceso al estadio en que se produjo la irregularidad. Y el segundo será el tramitado en el Expediente N° 04721-2011-87-3102-JR-PE-01, en dónde la misma Sala en la resolución de fecha 04 de junio de 2013, declaró nula la sentencia que absolvía al acusado porque el Juez de Primera instancia no había motivado suficientemente la decisión recurrida, y que de esa manera había vulnerado el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú -«La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.»-, y ordenó que otro Juez realice nuevo juicio oral. En los casos referidos, tal como se puede verificar no existe análisis integral de lo resuelto en primera instancia, solo se verifican normas legales y constitucionales vulneradas, declarando su nulidad, por ende no existe una primera decisión

²³⁸ Vid. CALDERON CUADRADO, M^a Pía. *La segunda instancia penal*, Aranzadi, op.cit. p. 97.

²³⁹ Prescribe “La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella.”

válida, requisito indispensable para que se dé el doble grado de jurisdicción o doble conforme.

Distinto es el caso, cuando el órgano superior se pronuncia analizando de manera integral la decisión recurrida, porque examinará las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. En ese caso sí se dará un doble grado de jurisdicción o un doble conforme de la decisión. Con relación al examen integral de la decisión de primera instancia el Código Procesal Penal Peruano en su artículo 425 inciso 2 prescribe que: «La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia».

Sobre este tipo de revisión tenemos el caso seguido en el expediente N°01866-2011-0-3101- JR-PE-01, de fecha 10 de octubre de 2013²⁴⁰, en donde la Sala Penal de Sullana confirma la sentencia de primera instancia que absuelve al acusado, y para tomar ésta decisión analiza los testimonios brindados por los dos órganos de prueba, e indica «que las mismas al ser una prueba personal, por el principio de inmediación el Colegiado de segunda instancia, no puede otorgarle diferente valor probatorio al que realizó el Juez de primera instancia, por las denominadas “zonas opacas” -datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en sus discursos etc.)- no son susceptibles de supervisión y control en la apelación. Sin embargo, existen también las denominadas “zonas abiertas” las cuales sí son accesibles al control judicial en segunda instancia, los mismos que -pueden ser fiscalizadas a través de las reglas de la experiencia, la lógica y los conocimientos científicos»²⁴¹. En ese sentido analiza las declaraciones brindadas por los órganos de

²⁴⁰ Es por el delito de injuria y difamación.

²⁴¹ Es preciso señalar que en el razonamiento de la sala, consigna como pie de página la Casación N° 005-2007-HUAURA “(...) el relato fáctico que el tribunal de primera instancia asume como probado, no siempre es inmovible, pues a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente

prueba en el juicio oral de primera instancia, y toma como fundamento las declaraciones y confirma la decisión de primera instancia. En este caso se podrá afirmar que existe un análisis integral de la decisión, y ello se ha dado porque se ha verificado primero que la decisión emitida en primera instancia ha sido válida.

2. Regulación peruana

a) Regulación del derecho al recurso

En el Perú si bien en la Constitución Política no se regula el derecho al recurso, empero es de indicar que dicho derecho forma parte de nuestro ordenamiento constitucional, porque el artículo 55 de nuestra Constitución establece que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional», y en su cuarta disposición final y transitoria, señala que «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Y además porque con fecha 28 de julio de 1978 fue ratificada la CADH y el PIDCP fue firmado el 11 de agosto de 1977, y fue aprobado por el decreto Ley N° 22128 de fecha 28 de abril de 1978. En ese sentido el derecho en mención forma parte de nuestro derecho nacional.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el

inexacto —el testigo no dice lo que menciona el fallo—; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente, o contradictorio en sí mismo; o c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia(...)». Además es de indicar que en el punto 6.3 de la Resolución la Sala indica “Es preciso señalar que las testimoniales actuados por la querellante en la audiencia de juicio oral de primera instancia, no son las personas que en la historia narrativa de los hechos del 9 de abril del año 2011 supuestamente estuvieron presentes, ni tampoco fueron ofrecidos en la denuncia inicial, sino más bien son los ofrecidos en la ampliación de su denuncia presentada el 31 de mayo del año 2011, es decir después de un mes con veintidós días de acaecidos los mismos. Es más en la narración de los hechos fácticos que realiza la querellante en su denuncia a estos testigos no menciona a los testigos como las personas que presenciaron directamente los hechos que son objeto de imputación”.

artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental²⁴². Y que el contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, es 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»²⁴³. «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»²⁴⁴. Además hace referencia que la denominación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora, es un asunto constitucionalmente irrelevante lo importante constitucionalmente es que permita un control eficaz de la resolución judicial primigenia²⁴⁵. Asimismo ha indicado que el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble instancia*²⁴⁶, entonces lo máximo sería el doble conforme, tal como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leiva.

b) Regulación de la condena del absuelto

La figura de la condena del absuelto, se encuentra regulada en los artículos 419 inciso 2 (último párrafo)²⁴⁷ y 425 inciso 3, literal b²⁴⁸ del Código Procesal Penal, la misma que prescribe que el órgano judicial de la segunda instancia podrá, si la sentencia de primera

²⁴² Cfr. STC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4.

²⁴³ Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51

²⁴⁴ Cfr. SSTC 4235-2010-PHC.F.J.9.

²⁴⁵ Cfr. SSTC 4235-2010-PHC.F.J.10.

²⁴⁶ EXP. 3261-2005-PA/TC. Fundamento 3. “(...) Sin embargo, al mismo tiempo, hemos advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139° no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble instancia* (...)”.

²⁴⁷ Prescribe que: «El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria».

²⁴⁸ Establece: «Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez».

instancia es absolutoria dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil. En ese sentido, se tiene que una persona absuelta en primera instancia podrá ser condenado en segunda instancia, ante ello surge una interrogante ¿la persona condenada en segunda instancia tiene algún tipo de recurso contra esta primera sentencia condenatoria?

Con relación a esta incógnita, es de precisar, que sí existe un recurso, que es el recurso de casación establecido en artículo 427 del CPP, y procede contra las sentencias definitivas cuando el delito más grave a que se refiere la acusación tenga señalada en la ley un extremo mínimo mayor a seis años. En los casos, en donde la pena sea menor su procedencia dependerá de que discrecionalmente la sala penal de la Corte Suprema lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. En este orden de ideas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 04-2010 Piura, de fecha 06 de abril de 2010, resolvió declarar inadmisibile el recurso de casación, por no haber precisado las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y además en su considerando tercero estableció que corresponde a la Sala de Casación determinar si existe en puridad un verdadero interés casacional; que este interés casacional comprende en *primer lugar*, la unificación de interpretaciones contradictorias –jurisprudencia contradictorias entre diversos órganos jurisdiccionales-, la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o la definición de un sentido interpretativo de una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas; en *segundo lugar*, la exigencia ineludible, por sus características generales, más allá del interés del recurrente –defensa del *ius constituionis*-, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal.

A lo anterior sigue otra pregunta en el sentido de si el recurso de casación, ¿es suficiente para garantizar el derecho al recurso del condenado? La respuesta es que no, porque el recurso de casación es extraordinario y tiene como fines el control de la actividad jurisdiccional de la anterior instancia, revisando solo aspectos formales y jurídicos de la

condena. Así se tiene que este solo se interpone contra sentencias cuando²⁴⁹ las mismas: 1) han sido expedidas 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 ha incurrido o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad; 3) si 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 ha sido expedida con falta o manifiesta falta de lógica de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; y 5) si se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, es de indicar que el recurso en análisis tiene como función la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofiláctico) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas²⁵⁰. Ya que como se dijo la competencia que tiene la Corte Suprema es un control de la legalidad, a fin de verificar que las instancias de mérito hayan aplicado las normas pertinentes para resolver el conflicto y que la aplicación de las mismas respondan a una correcta interpretación de su contenido verificando que el razonamiento de estas instancias haya sido acorde con las reglas de la lógica, cuidando de que tales decisiones no adolezcan de defectos en su fundamentación o no hayan cumplido con el principio de congruencia. Finalmente es de precisar que tiene una función de unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes, a fin de obtener una justicia más predecible y menos arbitraria²⁵¹. Siendo ello así, con dicho recurso no se estaría garantizando el derecho al recurso establecido en la CADH y el PIDCP porque es un recurso de puro derecho, en donde no se revisa el fallo en su integridad, es decir en donde no se analizan las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada.

²⁴⁹ También contra autos, pero no me pronunciaré sobre ellos, por no ser materia del presente estudio.

²⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición reforzada y actualizada. Colex, setiembre de 1999. Pág. 740.

²⁵¹ Vid. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*, op.cit. p. 525.

Asimismo, es de indicar que no se cumple la garantía del derecho al recurso, porque incluso desde su presentación tiene trabas, pues solo se puede interponer cuando la pena establecida en la Ley sea superior a los seis años, y excepcionalmente en los delitos cuya pena es inferior se podrá interponer cuando la Sala Penal de la Corte Suprema considere discrecionalmente que el caso es necesario para el desarrollo jurisprudencial (ver artículo 427 del CPP). En ese sentido, ¿cómo saber si la Sala Penal de la Corte Suprema considera que lo que se le está exponiendo es necesario para el desarrollo jurisprudencial?; si bien a través de sus casaciones establece parámetros, tal como se ha indicado en la Casación N° 04-2010, empero ellos no son suficientes, porque deja al condenado en la incertidumbre de si la pena para el delito es menor a los seis años, en el sentido que dicha persona estará en el dilema, si la sala admitirá o no el recurso, si considerará o no que el caso sirve para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Siendo ello así, se considera que desde su interposición se han puesto obstáculos que tornan ilusorio este derecho, por ende no es suficiente para garantizar el derecho al recurso del condenado.

3. Propuestas de solución

Las soluciones que se pueden proponer a fin de garantizar este derecho, que como ya se ha dicho tiene carácter constitucional, son las siguientes:

a) Que el tribunal de alzada se abstenga de condenar en segunda instancia.

Cuando el órgano judicial superior después de revisar todo lo actuado en primera instancia considere que el procesado absuelto merece ser condenado, en este caso dicho órgano se deberá abstener de ello, y procederá a anular el fallo y ordenar que un órgano judicial inferior se pronuncie, respecto a la condena. Contra esa nueva sentencia, el imputado tendría un recurso, también ante un tribunal superior, que no podría estar integrado por los mismos que anularon la sentencia de absolución de primera instancia, a fin de que se revise de manera total este nuevo fallo. Como ejemplo, se puede citar, la sentencia de vista N° 48, de fecha 22 de junio de 2010, expedida en el expediente N° 2008-12172-15, por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en la que se declaró nula la sentencia de

primera instancia a efectos de que otro órgano inferior emita nueva sentencia y además aplicando el control difuso declaró inaplicable al caso en concreto el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, únicamente en cuanto señala que: “si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”, y nula la sentencia que absolvió al acusado y que el Juicio Oral se renueve por otros Colegiado, y se dejó por sentado que los componentes del Colegiado Superior no conocerán de los pormenores o de la apelación de la nueva sentencia que pudiera pronunciarse como fruto de la renovación del juicio oral. Asimismo dicha sentencia en el fundamento 2.10 hace mención a que en juicio de apelación declararon la directora, la profesora, el tío que la cobijó a la menor tras el ataque sexual y la prima que denunció el hecho; asimismo se indica que se escucharon en el juicio oral los exámenes periciales sobre el perfil psicológico y psiquiátrico del acusado, además indica que en el juicio oral de primera instancia todos los peritos se han ratificado; y por todo ello manifiesta que existiría material probatorio que merecería un análisis conjunto más depurado.

Empero como ya se señaló en otro apartado, en ese caso no habría un auténtico segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, por cuanto faltaría un presupuesto esencial que es una primera sentencia válida. Pues en estos casos, el órgano jurisdiccional solo analizó el caso en cuanto a la vulneración de una norma legal o constitucional que se ha dado en él, no examinando hechos, y retrotraerá el caso hasta el momento antes de la violación, en ese sentido no analizará integralmente la decisión recurrida. He allí el fundamento para considerar que no se dé el doble grado de jurisdicción, ni tampoco el doble conforme.

b) Que, aunque el Código Procesal Penal no lo contemple, se permita la posibilidad de un recurso de casación amplio.

En el sentido de que en dicho recurso, no solo se revisen cuestiones de puro derecho, sino que también se pueda excepcionalmente, en los casos que se condena a una persona por primera vez en segunda instancia, que la Sala Penal de la Corte Suprema pueda revisar la sentencia condenatoria en su integridad. Al respecto, es de indicar que esta opción puede

ser cuestionada, en el sentido de que la casación ha sido creada para ejercer un control formal, de derecho de los jueces inferiores, y para uniformizar la jurisprudencia, y que incluso históricamente después de la Revolución Francesa se haya creado el tribunal de casación, como un Órgano de Poder Legislativo, y cuya función era ejercer un control sobre la labor de los jueces anulando las sentencias en último grado, y que dicho tribunal haya sido ubicado en ámbito jurisdiccional²⁵². Empero también lo es, que el derecho al recurso del condenado por primera vez, es un derecho constitucional, por ende merece protección, y sería conveniente que dicho recurso sea el de casación en sentido amplio, porque ya está regulado en nuestro sistema procesal. De esta manera se estaría salvando la constitucionalidad del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal. Además, la CADH²⁵³ y el Comité²⁵⁴ han señalado que independientemente de cómo se llame el recurso este debe garantizar que el fallo condenatorio y la pena del autor sean revisadas íntegramente.

Asimismo dicha decisión es política y criminalmente conveniente, pues no hay que esperar a que la sentencia quede firme para intentar su modificación o revocación por motivos graves que la inhabiliten²⁵⁵, y de esta manera se estaría actuando constitucionalmente, garantizando el derecho al recurso del condenado por primera vez. Esta solución parece la más viable a efectos de que se garantice el derecho al recurso del condenado, por cuanto no sería necesario la creación de otra instancia revisora del fallo íntegro, además esta sería la última instancia donde pueda acudir el condenado a fin de tener un doble conforme de su sentencia.

Otra cuestión a señalar es que algunos se preguntarán, y si se quiere interponer recurso de casación ¿dónde se interpondría si la Sala Penal de Corte Suprema ya se pronunció?, al

²⁵² Vid. *Ibíd.*, p. 525.

²⁵³ «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, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea». Ver *Caso Mohamed Vs. Argentina*, párr.100, y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, párr. 86.

²⁵⁴ « (...) no exige que el recurso de revisión se llame apelación, al margen de la nomenclatura este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto, y que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto». Ver Comunicación No. 701/1996, *Gómez c. España*, párr. 11.1.

²⁵⁵ Vid. MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*, op.cit. pp. 736 y ss.

respecto es de indicar que existen dos Salas Penales una Permanente y otra Transitoria y están compuestas cada una por cinco Magistrados²⁵⁶, en ese sentido sobre la casación podría pronunciarse la Sala que no emitió la decisión con el recurso de apelación.

c) Interponer un proceso de amparo.

Si no se establece un recurso para el condenado por primera vez en segunda instancia, este podrá interponer un proceso de amparo, porque se le estaría vulnerando un derecho constitucional – derecho al recurso-. Con relación al amparo el Código Procesal Constitucional establece en el Artículo 37 inciso 25) que « (...) procede en defensa de los siguientes derechos: (...) Los demás que la Constitución reconoce».

A continuación se presenta un caso en donde se interpuso proceso de amparo por falta de motivación de la resolución, y si bien no se mencionó la vulneración del derecho al derecho al recurso, empero también lo es que sirve como ejemplo, ya que se trata de una persona que fue absuelta en primera instancia y condenada en segundo grado, no teniendo la posibilidad de un recurso ordinario y devolutivo que le permitiese la revisión integral del fallo; por ello esta persona acudió al proceso de amparo el mismo que se declaró fundado, y se anuló su sentencia y se dispuso que la emplazada emita nueva resolución.

El Séptimo Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Chiclayo en el Expediente N° 1488-2011, emitió sentencia absolutoria; que, sin embargo, ante el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Anticorrupción de Lambayeque y el Ministerio Público, el proceso fue elevado a la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, la cual emitió la sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, condenando al señor Roberto Torres Gonzales, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo por el delito de peculado de uso. Por ello, el sentenciado interpuso el proceso de amparo, señalando entre otros que se había afectado el debido proceso, porque en la sentencia hay motivación aparente dado que no ha aplicado, de modo

²⁵⁶ Dato extraído de la Página del Poder Judicial revisada con fecha 08 de febrero de 2015. http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_sala_penal_nacional/as_presidente_jueces_integrantes/.

injustificado, la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, que define el delito de peculado de uso. Es así, que el proceso de amparo se resolvió por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, mediante sentencia de fecha 17 de abril de 2013, en la que declaró fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia, declaró nula la Sentencia condenatoria, y se dispuso que la Sala emplazada emita nueva resolución teniendo en cuenta lo expresado por en los fundamentos 17 y 18 de dicha sentencia.

d) Eliminar la posibilidad de la condena del absuelto.

Esta solución le compete al poder legislativo a fin de que modifique los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal, en el sentido que otorga la posibilidad al órgano de segunda instancia de condenar al absuelto en primera instancia. Sin embargo considero que esta decisión es extrema porque la constitucionalidad del artículo se podría salvar permitiendo una casación amplia.

e) Otra opción sería que solo pueda apelar el condenado

Es decir que se le quite la posibilidad al Ministerio Público de poder interponer recurso de apelación contra sentencias absolutorias²⁵⁷. Al respecto, Maier señala que «el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder, así, su carácter de bilateral –el de ser facultad de todos los participantes- para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena,

²⁵⁷ Es de indicar que la jurisprudencia estadounidense se estableció en el caso «Kepner vs. United States», que el acusador público no tiene el poder de apelar una absolución ya que importaría someter al imputado a un nuevo juicio por el mismo delito. EN LETRA – año II, número 3 (2015), tomo I. cubas, A. «El fallo Duarte y la nueva legislación procesal penal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?». Pág. 185.

condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que solo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y solo lo es por el condenado: la absolución –salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección – y la condena no recurrida a favor del imputado queda firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*»²⁵⁸.

Con relación a esta opción no estoy de acuerdo, porque muchas veces hay casos en los cuales se absuelve a una persona de la acusación Fiscal, y dichas decisiones son erradas y por ende injustas, afectando con ello la seguridad social, dejando sin condena a una persona que la merecía. Con lo que sí estoy de acuerdo, es que si se le condena por primera vez en segunda instancia a una persona, esta tenga la posibilidad de interponer un recurso ordinario y devolutivo que revise en su integridad el fallo, porque cuando se condena a un inocente se están vulnerando derechos doblemente, dado que se está condenando a un inocente, y dejando libre a un culpable; por ello necesita un doble conforme de su condena. Otro punto a tener en cuenta, es ¿qué pasa si se le absuelve en segunda instancia? En este caso considero que el órgano acusador no tendrá la posibilidad de un recurso que revise el fallo integral, porque con ello el proceso se volvería un círculo vicioso que no tendría donde acabar, y además, el recurso es un derecho constitucional exclusivo diseñado para el condenado.

f) Se habilite para que otra sala del mismo nivel que ha resuelto la condena por primera vez en segunda instancia conozca el caso.

En este punto, es de indicar que esta opción es válida, y no se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 8.2.h de la CADH que prescribe que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal el derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior, porque la CorteIDH excepciona la intervención de un tribunal superior –cuando no existe otro en el organigrama de competencias- aunque exige como único requisito que sean magistrados

²⁵⁸ MAIER, Julio B. *Antología el proceso penal contemporáneo*, op.cit. p. 724.

diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia²⁵⁹. Con ello se estaría salvando la constitucionalidad de los artículos 419.2 y 425 inciso 3, literal b del Código Procesal Penal.

Sobre esta solución, se tiene la Casación N° 195-2012- Moquegua, de fecha 05 de septiembre de 2013, en donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, falló declarando nula la sentencia de segunda instancia que revocó la absolución y condenaba a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de tres, a los señores Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodriguez Cuellar por el delito de peculado; y además se les había inhabilitado definitivamente de cargo que ejercían e incapacitado para obtener otro mandato de carácter público por el periodo de un año. Y con reenvío también declaró nula la sentencia de absolución de primera instancia con respecto a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, y ordenaron que se lleve un nuevo juicio por un juzgado colegiado y se emita nueva sentencia. Lo peculiar en este caso es que declara nula las dos sentencias tanto de primera y segunda instancia, a fin de que se lleve a cabo un nuevo juicio por un órgano judicial de primera instancia.

Además es de indicar, que en esta sentencia en el considerando noveno la Corte se realiza la siguiente pregunta ¿si el derecho a la pluralidad de instancia implica un doble conforme o doble instancia? Empero dentro del análisis no llega a determinar qué es lo que realmente involucra la pluralidad de instancias, y para resolver el caso indica en el considerando vigésimo que se encuentran ante una motivación insuficiente y por ello al final termina anulando las dos resoluciones de primer y segundo grado. Hubiera sido idóneo que la Sala se pronuncie respecto a que si se protege el doble conforme o doble instancia, y de esta manera realizar un desarrollo jurisprudencial significativo respecto a este tema.

²⁵⁹ Cfr. Caso Barreto Leiva. Venezuela, párrafo 90.

CONCLUSIONES

1. No se puede confundir medio impugnatorio con recurso, porque el primero es el género y el segundo la especie. El recurso está incluido dentro de una calificación del medio impugnatorio, y a través de él, las partes podrán solicitar al mismo juez que dictó la resolución o a su superior jerárquico, que examine de nuevo y se pronuncie respecto de una cuestión fáctica o jurídica que ha sido objeto de dicha resolución y que resulta perjudicial para el recurrente para que la anule o la sustituya por otra más favorable al recurrente.
2. La finalidad del proceso jurisdiccional es la resolución justa de un caso, por ello no basta, con poner el acento de forma casi exclusiva en que el proceso sea un instrumento para que la jurisdicción aplique el derecho objetivo en el caso concreto, sin advertir en ello lo importante que es apuntar a un presupuesto fundamental, cual es que dicha función no es posible si no se dota a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes para el asunto de que se trate, y además si no se reconocen garantías para las personas procesadas; circunstancias que en último término acaban constituyéndose en condición necesaria para el establecimiento de los hechos, interpretación y aplicación al caso concreto.
3. El derecho al recurso forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y tiene rango constitucional porque se encuentra establecido en el artículo 14 literal 5) del PIDCP y en el artículo 8.2.h de la CIDH, estos tratados han sido ratificados por el Estado Peruano. En ese sentido, es necesario que si a una persona se la condena en segunda instancia, tenga un recurso ordinario a fin de que la decisión íntegra sea revisada por un órgano judicial superior, lo contrario sería vulneratorio a su derecho fundamental.
4. El órgano superior para que pueda realizar la revisión integral de la sentencia, tendrá que poder examinar los hechos, los medios probatorios, la interpretación de la norma y además verificar si se han cumplido las garantías necesarias del proceso. Con relación al

estudio de los hechos, no es necesario que se repita todo lo actuado en primera instancia, basta tan solo con revisar los medios probatorios actuados, y de ser necesario podrán llamar a los órganos de prueba, leer las documentales, las pericias. Las partes en ésta segunda instancia podrán presentar nuevas pruebas, siempre y cuando las mismas cumplan con una serie de requisitos. Por ello la postura asumida es la de apelación mixta.

5. Con relación a la igualdad de partes para interponer un recurso, es de precisar que no se afectará a los textos internacionales si también se le da la potestad al órgano acusador de recurrir la sentencia absolutoria, empero si recién en segunda instancia la sentencia es condenatoria, se le debería dar la facultad al sentenciado, a fin de que interponga un recurso y de esta manera se dé el doble conforme de su condena, porque es un derecho constitucional que le corresponde, por ende de obligatorio cumplimiento.
6. Para que se dé una verdadera segunda instancia o doble conforme, es necesario que la decisión de primera instancia sea válida, en el sentido de que se haya garantizado la normatividad en el proceso, porque de lo contrario habría un análisis de puro derecho.
7. La diferencia entre doble grado de jurisdicción o instancia con el doble conforme, es que en el primero están facultados para interponer un recurso contra una decisión que les causa agravio tanto el fiscal como el sentenciado, y solo basta la revisión en segunda instancia para entenderse concretizado el derecho al recurso. Con el doble conforme se tiene en cuenta lo preceptuado por la CIDH y el PIDCP en el sentido de que el derecho al recurso es un derecho constitucional del condenado por primera vez que tiene derecho a que su condena sea revisada de manera íntegra.
8. En el caso Mohamed la CorteIDH ha establecido estándares que deben cumplirse para garantizar el derecho al recurso, así se tiene: a) es necesario que esté al alcance de toda persona condenada; b) debe ser un recurso ordinario, accesible y eficaz; c) respete las garantías mínimas establecidas en el artículo 8 de la CIDH.

9. Después de lo resuelto por la CorteIDH en el caso Mohamed, Argentina es respetuosa respecto al derecho al recurso, así se tiene que la Corte Suprema de dicho país, con fecha 5 de agosto de 2014, en la causa Duarte, resolvió garantizar el principio de doble conforme, y por lo tanto el derecho al recurso, al otorgarle al condenado la posibilidad de que la sentencia fuese revisada por un tribunal distinto al que la emitió. Igual solución dio en el caso Cromañón.
10. España a raíz de lo resuelto por el Comité de Derechos Humanos, ha dado una solución creativa a la instancia única establecida para los delitos más graves, señalando que la casación ampliada permitirá la revisión integral del fallo, y con ello se estará garantizando el derecho al recurso del condenado por primera vez.
11. En el caso peruano a nivel jurisprudencial, después del caso Mohamed se ha dado un cambio de criterio, en el sentido que anterior a dicho fallo, se señalaba que el derecho a la pluralidad de instancia, se garantizaba con el solo hecho de la revisión de la decisión por un órgano superior, - ver Consulta N° 2491-2010 de fecha 14 de diciembre de 2010-. Luego en la Casación N° 40-2012- Amazonas, se ha tenido en cuenta el caso Mohamed y se estableció que « (...) no está a merced del juzgador la posibilidad de restringir, menos prohibir, que una decisión condenatoria sea susceptible de reexamen por un órgano superior a través de un medio impugnatorio, el cual, al margen de la denominación que se le asigne, debería estar previsto en el ordenamiento jurídico»; además lo resaltante en esta casación, es que la Corte Suprema ha actuado en sede de instancia y se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y ha confirmado la sentencia absolutoria de primera instancia.
12. En el Perú se ha regulado la condena del absuelto, pero nuestro legislador no ha establecido un recurso ordinario que permita el análisis integral del fallo, en ese sentido se han planteado una serie de propuestas para salvaguardar el derecho al recurso del condenado, así se tiene: a) Que el tribunal de alzada después de revisar todo lo actuado

en primera instancia considere que el procesado absuelto merece ser condenado, en este caso dicho órgano deberá abstenerse de hacerlo, y procederá a *anular* el fallo y ordenar que un órgano judicial inferior se pronuncie, respecto a la condena. Empero en ese caso no habría un auténtico segundo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, faltaría un presupuesto esencial que es una primera sentencia válida, por ello no se le podría considerar que se dé el doble grado de jurisdicción, ni tampoco el doble conforme; b) Que se permita una casación amplia, en donde no solo se analice cuestiones de puro derecho, sino que permita una revisión integral de todo lo actuado, tal como así lo ha precisado el Tribunal Constitucional Español; c) Que al tratarse de un derecho constitucional, el derecho al recurso, ante su vulneración será necesario que para que se garantice se interponga un proceso de amparo. d) Que se elimine la posibilidad de condena que tiene el órgano de segunda instancia. e) Que se otorgue la potestad de apelar solo a la persona condenada. f) Que se faculte a otra sala del mismo nivel que ha resuelto la condena por primera vez en segunda instancia para que conozca el caso.

13. Con la regulación de la condena del absuelto no se vulnera el derecho al recurso siempre y cuando se garantice al condenado un recurso efectivo para que la decisión sea revisada en su integridad por otro órgano judicial. En el Perú, de todas las propuestas emitidas en el punto anterior, la más viable sería la casación ampliada que permitirá la revisión integral de la decisión. Y si ya se ha vulnerado el derecho, lo factible será un proceso de amparo, a fin de restablecer el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ALVA MONGE, Pedro (Coordinador). *Estudios sobre los medios de impugnación en el Proceso penal*. Gaceta jurídica. Lima. 2012

ARANGÜENA, Coral. «Proceso penal y doble instancia», en Justicia núm. 1, 1994.

AYAN, Manuel N. (Director). *Impugnaciones en el Proceso Penal*. Alveroni. Córdoba. 2009.

BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. «Concepto y sistemática de los medios impugnatorios». En *Los recursos y la organización judicial en materia civil*. Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1976.

- *Los recursos y la organización judicial en materia civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1976.

BECENÑA, Francisco. «Los procedimientos ejecutivos en el proceso penal español». *Revista de derecho privado*, núm. 8. Madrid. 1920.

BIDART CAMPOS, Germán. *La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*. El derecho, t 118, N° 7, Buenos Aires, 1986.

CALAMANDREI. *La casación civil*. Trad. S. SENTIS MELENDO, 1945, biografía argentina VII.

- *La segunda instancia penal*. Aranzadi. Navarra 2005.

CALDERON CUADRADO, M^a Pía. *El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada*. Publicada en revista jurídica de Castilla y León N° 14, enero 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1974. [«Dictamen Iconoclástico Sobre la Reforma del Proceso Civil Italiano».

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Algunas reflexiones para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, pp. 144-149.

CARRÍO, A. *Garantías constitucionales*. En: *El proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires. 2014.

COIAZZET, A. «El fallo Duarte y la nueva legislación procesal penal nacional: ¿el fin de las deficiencias del sistema bilateral recursivo vigente?». EN LETRA – año II, número 3 (2015), tomo I.

CHIOVENDA, José. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. GOMEZ ORBAÑEJA. Rev. Der. Priv, Madrid. 1936. v. III.

- *Principios de derecho procesal civil*. Reus. Madrid. T.II. 1925. Consultado el 09 de julio de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/761/1.pdf>.

CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal*. Depalma. Buenos Aires. 1982.

- *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t V. Ediar. Buenos Aires. 1960.

COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª edición. Ed. B de F. Buenos Aires. 2002.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano Teoría y práctica de su implementación*. Palestra. Lima. 2009.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFAN, Fany Soledad (Coordinadores). *El nuevo proceso penal estudios fundamentales*. Palestra. Lima. 2005

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, 2012, pp. 245-288. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Consultado el 17 de noviembre de 2014 en: [http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/11%20\(245-288\)%20ESTU.pdf](http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/11%20(245-288)%20ESTU.pdf).

DOIG DÍAZ, María Yolanda, «El recurso de apelación contra sentencias», en *El nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales*, Palestra Editores, 2005, pp. 541-564.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal». *Estudios de Derecho procesal*. Madrid. 1955.

FERRAJOLI, «I valori del doppio grado e della nomofilachia», en *Materiali e atti* núm. 29 (Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni), *suplemento a Democrazia e diritto*, núm. 1, 1992.

FERREYRA DE LA RÚA, Angélica y BERTOLDI DE FOURCADE María Virginia. «El recurso en procedimiento de familia». En AYAN, Manuel (director). *Impugnaciones en el Proceso Penal*. Alveroni. Córdoba 2009.

FERREYRA DE LA RÚA, Angelina – GONZALES DE LA VEGA DE OPL, Cristina. *Código civil y comercial de la provincia de Córdoba comentado*. Tomo II. La Ley. Buenos Aires. 1999.

FORNÉS, J. *Derecho matrimonial canónico*. Tecnos. Madrid. 2008.

GARCÍA PÉREZ, «Proceso penal y doble instancia». En: *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia. Madrid. 1989.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición reforzada y actualizada. Colex, setiembre de 1999.

GOZAÍNI, Oswaldo A. *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*. Depalma. Buenos Aires. 1994.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal». En *El proceso penal en el Estado de Derecho*. Lima. 1999.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «La exigencia de la doble instancia en el proceso penal». En *aportaciones del Profesor Eduardo Font a la Doctrina Jurídica*. Ministerio de Justicia Madrid. Madrid. 2003.

GUILHERME MARINONI, Luiz. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Communitas. Lima. 2008.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. Librería editora Platense. Buenos Aires Argentina. Segunda Edición 2001.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Resoluciones judiciales y cosa juzgada*. Gaceta Jurídica. Lima. 2006.

HINOJOSA, Juan. «Consideraciones generales sobre los recursos en materia penal, con especial relevancia a la doctrina del Tribunal Constitucional», RDP 1999-2.

HUERTA GUERRERO, Luis. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. Lima. 2003.

HOPP, C. “Nuevos lineamientos del proceso penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema: la censura al juicio de reenvío en perjuicio del imputado y la necesidad de asegurar el recurso contra la condena en la alzada”. En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, número 10, octubre de 2011, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

LÓPEZ MASLE, Julián (con HORVITZ LENNON). *Derecho procesal penal*. Tomo II. Editorial jurídica de Chile. 2005.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Del Puerto. Buenos Aire. 1996, S5, B y C

- *Antología el proceso penal contemporáneo*. Palestra. Lima, 2008.

MARTÍNEZ PARDO, «El derecho al recurso en el proceso penal. La doble instancia penal (estudio doctrinal y jurisprudencial)». En *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 5 2001.

Miguel y Romeo y Miguel y Alonso, Carlos. *Derecho procesal practico*. 11ª ed. Barcelona. Bosch. 1967. t, I.

MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

MONTERO AROCA, Juan; GOMEZ COLOMER, Juan; MONTON REDONDO, Alberto; BARONA VIDAL, Silvia. *Derecho jurisdiccional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.

MONTERO AROCA, Juan. Los medios de Impugnación. Pág. 720 y ss. Consultado el 11 de enero de 2015, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/89/art/art15.pdf>.

- *Principios del Proceso Penal una explicación basada en la razón*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997.
- Juan. De los Medios de impugnación, en «*La nueva ley de procedimiento laboral*». Comentarios a las leyes laborales dirigidos por Borrajo Dacru, XXIII-2], Madrid 1990.

MORENO CATENA, Víctor. El Recurso de Apelación y la doble instancia penal. Pág. 156/158. En: *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*. N° 4, 2008. ISSN 1888-3443. Consultado el 04 de febrero de 2015 en: http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/recurso_apelacion.pdf.

MOSQUERA, Susana (coordinadora). *La Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*. Palestra Editores. Lima 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Atelier. Barcelona. 2006.

NUÑEZ PEREZ, Armando. *El Non Bis Ídem y la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico peruano: una perspectiva desde el derecho constitucional, los derechos humanos y el derecho penal*. Caballero Bustamante. Lima. 2010.

PALOMO VELEZ, Diego, en «Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite». En: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, pág. 465-524. Consultado el día 18 de enero de 2015 en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art14.pdf>.

PEREZ MANZANO, Mercedes. La Reforma de la ley de enjuiciamiento criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal. *En La Ley*, núm 6566. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N° 4, 2006.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. El principio de inmediación en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad. En: *Revista internauta de práctica jurídica*, N° 11, 2002.

PEREIRA ANABALÓN, Hugo. «La prueba en el recurso de apelación civil». Consultado el 29 de enero de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art16.pdf>.

PÉREZ MANZANO, M. «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal». En *Diario La Ley*, núm. 6566, octubre 2006.

PICO I JUNOY, Joan. “El principio de oralidad en el proceso civil español”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (editores) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia. 2008. Universidad de Valencia, Tomo I.

PRIORI POSADA, Giovanni F. «Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción». En: *Advocatus, Nueva Época*, N° 9. Lima. 2003.

QUISPE FARFAN, Fany Soledad. *El nuevo proceso penal estudios fundamentales*. Palestra Lima. Junio. 2005.

RODRÍGUEZ BESNÉ, José Ramón. *El Consejo de la Suprema Inquisición. Perfil jurídico de una Institución*. Editorial Complutense. Madrid. 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Grijley E.I.R.L. Lima. 2da, Ed. T-II. 2003.

SALAS ARENAS, Jorge. *Condena al absuelto reformatio in peius cualitativa*. IDEMSA. Lima. 2011.

TUESTA SILVA, Wilder. *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis para optar el título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad católica del Perú. Lima. 2010.

VEGAS TORRES. Jaime «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal». Publicado en *Persona y Derecho*, Vol. 55 – 2006, *Veinticinco años de jurisprudencia*

constitucional, II, págs. 741-767. Consultado el 31 de enero de 2014, en http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5691/1/2006_La%20presuncion%20de%20inocencia%20y%20el%20escenario%20de%20la%20prueba%20penal.pdf

- *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. L ley, Grupo Wolters Kluwer. Madrid. 1993.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, «*Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*». Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001.