JURISPOL

EXP. N.° 00861-2013-PHC/TC
AREQUIPA
GHISELA ROSARIO QUIJANDRÍA ELÍAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión de Pleno del día 21 de noviembre de 2017. Se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Ghisela Rosario Quijandría Elías contra la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 487, Tomo II, de fecha 16 de enero del 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de diciembre del 2011, doña Ghisela Rosario Quijandría Elías interpone demanda de *habeas corpus* contra los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua. Alega la vulneración de sus derechos de defensa, a la pluralidad de instancia, al juez natural e imparcial, y a ser juzgada dentro de un plazo razonable. Solicita que se declare la nulidad de la sentencia recaída en la Resolución 9, de fecha 15 de noviembre de 2011, y ser absuelta de los cargos imputados.

La recurrente refiere que, en su condición de directora de Senasa Moquegua, se le inició proceso penal por el delito de peculado (Expediente 00269-8-2801-JR-PE-01), y por sentencia de fecha 27 de abril de 2010 fue absuelta de todos los cargos. Refiere que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, por resolución de fecha 13 de julio de 2010, declaró la nulidad de la precitada sentencia y dispuso la realización de un nuevo juicio oral. En el nuevo juicio llevado a cabo, por sentencia de fecha 16 de setiembre de 2010, fue absuelta de todos los cargos, pero la Sala superior, por Resolución de fecha 19 de enero de 2011, nuevamente dispuso la nulidad de la sentencia y ordenó la realización de nuevo juicio oral. Finalmente, sostiene que, en un tercer juicio, por resolución de fecha 4 de julio de 2011, nuevamente fue absuelta de todos los cargos, pero la Sala Superior emplazada, mediante Resolución 9 de fecha 15 de noviembre de 2011, la condenó a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el plazo de dos años.

JURISPOL

La demandante sostiene que las audiencias de apelación de fecha 8 y 15 de noviembre de 2011 se llevaron a cabo sin que ella o su abogado defensor estuvieran presentes, y tampoco se le nombró un abogado defensor de oficio, vulnerándose así su derecho de defensa. Señala también que se ha vulnerado su derecho al juez natural e imparcial porque los magistrados superiores De Amat Peralta y Laura Espinoza ya habían conocido anteriormente del proceso declarando la nulidad de la sentencia de primera instancia, por lo que, según aduce, existía una "fuerte carga psicológica" en los magistrados para condenarla, siendo que se la condenó por una modalidad diferente al delito que fue materia de la acusación fiscal y del que fue absuelta por sentencia de fecha 4 de julio de 2011. Además, la recurrente asevera que al haber sido absuelta y posteriormente condenada se vulnera su derecho a la pluralidad de instancias, porque ya no puede acudir a otra instancia para la revisión de la sentencia condenatoria. Considera que por todas estas vulneraciones debe declararse la nulidad de la sentencia condenatoria y ser absuelta.

El procurador público adjunto del Poder Judicial, al contestar la demanda, señala que la sentencia condenatoria cuestionada se encuentra conforme a ley y que en su emisión se han respetado las garantías del debido proceso.

A fojas 183, 184 y 257 obran las declaraciones de los magistrados superiores en las que sostienen que las resoluciones emitidas en el proceso penal contra la recurrente no han vulnerado el debido proceso y que la sentencia cuestionada no se encuentra firme, puesto que contra esta no se interpuso recurso de casación, el cual, conforme al artículo 429, incisos 1 y 2, del Nuevo Código Procesal Penal, procede por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y por inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad; o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial por parte de la Corte Suprema. Aducen que en el nuevo proceso rige el principio dispositivo donde las partes deciden si van o no a la audiencia y que la recurrente pretende la nulidad de la sentencia basada en hechos propios, como no haber interpuesto casación ni haber asistido a la primera audiencia de apelación, puesto que sí asistió a la segunda audiencia junto con su abogado defensor. Alegan los magistrados que la supuesta "carga psicológica" ya fue tratada al interior del proceso penal y resuelta al denegarse la inhibición planteada por la recurrente; el magistrado Salinas Mendoza precisa que él solo suscribió la sentencia condenatoria, anteriormente no había conocido del proceso.

El Segundo Juzgado Unipersonal de Arequipa, con fecha 6 de diciembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que se vulneró el derecho de defensa de la

recurrente en la audiencia de fecha 8 de noviembre de 2011, pues en dicha audiencia no participaron ni ella ni su abogado defensor; por lo que, al declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, dispuso la realización de nueva audiencia de apelación.

A su turno, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa revocó la apelada declarándola improcedente por considerar que la sentencia de fecha 15 de noviembre del 2011 no se encontraba firme, pues, si bien para interponer el recurso de casación se requiere que el delito tenga una penalidad mayor a seis años y el delito de peculado por el cual fue condenada la recurrente tiene una penalidad mínima de dos años, pudo interponer el recurso de casación excepcional conforme al artículo 427, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal, que procede cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, considere necesario admitir tal recurso para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

En el recurso de agravio la recurrente reitera los fundamentos de su demanda y señala que en la Casación 04-2007-HUARA, de fecha 14 de agosto del 2007, se estableció que para que proceda el recurso excepcional de casación, el delito debe tener una pena mínima mayor de seis años, lo que no sucedía en su caso.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita se declare la nulidad de la sentencia, Resolución 09, de fecha 15 de noviembre de 2011, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, por la que fue condenada a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el plazo de dos años, por el delito de peculado; y, en consecuencia, ser absuelta del proceso penal. Alega la vulneración de sus derechos de defensa, a la pluralidad de instancia, a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al juez natural e imparcial, y a ser juzgada en un plazo razonable.

Consideraciones previas

2. De acuerdo con la información recibida mediante Oficio 0099-2014-1°JIPMN-CSJMO-PJ, por Resolución 009 (a fojas 37 del cuadernillo del Tribunal Constitucional), de fecha 23 de enero de 2014, se resolvió rehabilitar a doña Ghisela Rosario Quijandría Elías; es decir, a la fecha la sentencia cuestionada ya ha sido cumplida por lo que ya no tiene incidencia negativa en el derecho a la libertad personal de la recurrente y, por lo tanto, se habría producido la sustracción de la materia en el presente caso.

3. Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional: "[…] Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión […]". Al respecto, el Tribunal advierte que, si bien en el caso particular de la recurrente ha operado la sustracción de la materia, resulta necesario emitir un pronunciamiento de fondo respecto a uno de los temas cuestionados en la demanda, esto es, la vulneración del derecho a la pluralidad de la instancia en el supuesto que se permite a la Sala Superior emitir sentencia condenatoria aún cuando la sentencia de primera instancia haya sido absolutoria conforme a las disposiciones del Nuevo Código Procesal Penal.

4. La necesidad de emitir un pronunciamiento respecto de este extremo de la demanda radica en el considerable impacto que la decisión del Tribunal pueda generar en el esquema de los procesos penales en el Perú, más aun cuando, pese a los pronunciamientos que sobre esta materia ha emitido la Corte Suprema de Justicia de la República, no se han implementado las modificaciones necesarias para hacer compatible la legislación procesal penal con los mandatos que provienen tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

Sobre la afectación del derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139, inciso 6, de la Constitución)

Argumentos de la demandante

5. La parte demandante alega que la Sala Superior, en el presente proceso de *habeas corpus*, debió declarar la nulidad del proceso penal, pues, al haber sido condenada sin posibilidad de recurrir tal resolución, se vulneró su derecho a la pluralidad de instancia.

Argumentos del demandando

6. La parte demandada alega que el artículo 425, inciso 3, literal "b", del Nuevo Código Procesal Penal permite emitir sentencia condenatoria aún cuando la sentencia de primera instancia haya sido absolutoria y, además, sostiene que la recurrente pudo presentar recurso de casación contra la sentencia de la Sala Superior.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

7. El Tribunal ha precisado *supra* (fundamento 2) que en este caso ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, también ha considerado, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que es necesario emitir un pronunciamiento de fondo sobre los aspectos relativos a la posibilidad de impugnar un fallo que, en segunda instancia, condena al imputado que fuera absuelto en primera instancia, que es lo que la doctrina procesal penal ha denominado "condena del absuelto". Sobre este aspecto, que, según la recurrente, incide en el derecho a la pluralidad de instancias, se ceñirá el presente pronunciamiento.

a) El derecho a recurrir el fallo y "la condena del absuelto"

8. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia 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 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 artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Expedientes 1243-2008-PHC/TC, 5019-2009-PHC/TC, 2596-2010-PA/TC).

9. Respecto al contenido del derecho a la pluralidad de instancia, este Tribunal estableció, en el Expediente 4235-2010-PHC/TC, que se trata de un derecho fundamental que "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial, tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal" (Expedientes 3261-2005-PA/TC, 5108-2008-PA/TC,5415-2008-PA/TC). Por ello, el derecho a la pluralidad de instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, el que se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución. No obstante, cabe resaltar que este derecho no implica que el justiciable pueda recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso de manera indefinida (Expediente 1243-2008-PHC/TC, fundamento 3).

10. En el ámbito interamericano, el artículo 8, inciso 2, literal "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho de recurrir del

fallo ante juez o tribunal superior". Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de la Convención Americana:

> (...) 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 de recurrir del fallo.
>
> (...) no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. [*cfr.* Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 161].

11. El Tribunal advierte que, tanto la Constitución Política del Perú (artículo 139.6) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.h) reconocen el derecho de "recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior". Este derecho, según se desprende de la redacción de ambos documentos, pertenece a toda persona inculpada de cometer un delito. En ese sentido, y debido a que nos encontramos en el escenario de una persona que cuenta con sentencia condenatoria expedida por un juez, se podrían otorgar dos interpretaciones a estas cláusulas: i) que el derecho a recurrir el fallo es una facultad que se otorga al inculpado, y que se agota con el solo hecho que su caso haya sido examinado, al menos, por dos instancias (independientemente de si en una de ellas fue absuelto); y, una segunda interpretación, según la cual ii) el derecho a recurrir el fallo no solo se agota con la posibilidad que el caso sea conocido por, al menos, dos instancias; sino de que su propósito radica en que la persona que ha sido condenada por la comisión de un delito cuente con la posibilidad de cuestionar esa decisión ante un tribunal superior jerárquico.

12. Evidentemente, tanto la Constitución como la Convención Americana se refieren, en este punto, al segundo sentido interpretativo. En efecto, carecería de contenido la cláusula constitucional de la "instancia plural" si es que la principal persona involucrada en el proceso penal, que es el imputado, no contara con la posibilidad real y efectiva de cuestionar las razones de su condena. De hecho, esta forma de entender el derecho de recurrir el fallo es aun más evidente cuando se analiza el artículo 14, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De conformidad con esta disposición, "[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

13. Se aprecia, de esta disposición internacional, que el propósito del derecho de recurrir el fallo, que radica en la revisión del caso por parte de una instancia superior, obtiene una especial razón de ser cuando se trata de fallos condenatorios. En efecto, esta cláusula, que es acorde con el segundo sentido interpretativo al que se hizo referencia *supra* (fundamento 11), es enfática al precisar que este derecho se relaciona particularmente con una persona "declarada culpable de un delito". Este también ha sido el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo internacional que ha seguido los criterios desarrollados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los casos *M. Sineiro Fernández c. España* (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrafos. 7 y 8; *y Gómez Vásquez c. España* (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1m. Así, la Corte ha indicado que

> [...]la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], 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. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. [*Cfr.* Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 166].

En efecto, en el supuesto de la condena del absuelto, la Corte asume que, en tanto las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, "[…] el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado".

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 condena [*cfr.* Corte IDH. Caso *Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrafo 92]. Este recurso debe posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria [*cfr.* Corte IDH. Caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 100].

14. Ahora bien, se podría argumentar que, en el proceso penal peruano, existe la posibilidad que el imputado pueda cuestionar la sentencia condenatoria de segunda instancia a través del recurso de casación penal. Sobre ello, este Tribunal considera que, si bien existe la posibilidad que se interponga este recurso, en la práctica sería inoficioso. Y ello es así no solo porque se trata de un recurso extraordinario -y que, por lo demás, solo es admisible en los supuestos que

establece la normatividad procesal penal-, sino también porque no es mecanismo que permita un reexamen de los hechos o las pruebas que sustentaron la condena, aspecto que es crucial en la lógica del derecho a la instancia plural. De hecho, la importancia respecto de la posibilidad de que los órganos superiores jerárquicos puedan analizar los hechos y los pruebas de manera directa también ha sido resaltada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano que precisó que

> [...] cuando una instancia de apelación es llamada a conocer de un asunto de hecho y de derecho y a estudiar en conjunto la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene que no ha cometido el acto, considerado como una infracción penal (Dondarini c. San Marino, no 50545/99, 6 de julio de 2004, § 27, Ekbatani c. Suecia, 26 de mayo de 1988, § 32, serie A no 134, y Constantinescu c. Rumania, 27 de junio de 2000, § 55) [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso García Hernández vs. España. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, párr. 25].

15. En efecto, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías implica que, en caso exista una sentencia condenatoria respecto del imputado, este pueda contar con la posibilidad de que, al analizar su caso, el superior jerárquico pueda efectuar una nueva valoración de las mismas pruebas y los hechos ante su instancia. Esta valoración requiere la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Aquellas pruebas que requieran para su valoración la inmediación del Tribunal son las de carácter personal y deben reconducirse a las declaraciones de partes, testigos y peritos, sin que alcancen a la valoración de la prueba documental [Gimeno Sendra, V., (2007). El derecho a un proceso con todas las garantías: el principio acusatorio y el derecho a la inmediación del Tribunal *ad quem* en la valoración de la prueba de carácter personal, dentro del libro "Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", de Vicente Gimeno Sendra, Antonio Torres del Moral, Pablo Morenilla Allard, Manuel Díaz Martínez, editorial Colex, págs. 477-478].

b) Examen de la normatividad procesal penal concerniente a "la condena del absuelto"

16. En el caso de autos, el Tribunal Constitucional considera que permitir que una sentencia de segundo grado pueda condenar a la persona absuelta en primera instancia, conforme al artículo 425, inciso 3, literal "b" del Nuevo Código Procesal Penal, y de otro lado no se habilite un medio impugnatorio eficaz que permita que una instancia distinta pueda efectuar una revisión plena e integral de la corrección de dicha sentencia condenatoria, donde se analicen los hechos, las

pruebas u otras cuestiones jurídicas, contraviene el derecho a la pluralidad de instancia.

17. Si bien los emplazados indican que la recurrente pudo interponer el recurso de casación conforme al artículo 429, incisos 1 y 2, del Nuevo Código Procesal Penal, el cual permite alegar la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y la inobservancia de normas de carácter procesal sancionadas con nulidad, o por la causal excepcional establecida en el artículo 427, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal; debe tenerse presente que, en nuestro ordenamiento jurídico, la casación se configura como un recurso extraordinario que habilita una revisión limitada de la resolución judicial recurrida. Ello se advierte del propio tratamiento normativo que otorga el Nuevo Código Procesal Penal a dicho recurso, pues, entre otros requisitos, exige lo siguiente para su procedencia (artículo 427)

- En el caso de sentencias condenatorias de segundo grado, que "el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años" (artículo 427, inciso 2, literal b);

- En casos distintos de los expresamente previstos, "cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial" (artículo 427, inciso 4).

Asimismo, establece como únicas causales del recurso, el que la sentencia recurrida (artículo 429):

- Haya sido expedida con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías" (artículo 429, inciso 1);

- Incurra o derive de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad (artículo 429, inciso 2);

- Importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación (artículo 429, inciso 3);

- Haya sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor (artículo 429, inciso 4);

- Se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (artículo 429, inciso 5).

18. En consecuencia, no toda sentencia condenatoria expedida en segunda instancia y a la cual le preceda una sentencia absolutoria de primer grado puede ser objeto de revisión a través del recurso de casación, sino solo aquellas que se subsuman en los supuestos previstos en el artículo 427 del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, este recurso no habilita una revisión plena de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas que conciernan al caso, sino que pretende circunscribirse a un análisis de puro derecho (respecto a la inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o la indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal, entre otros supuestos). Se requiere, en este orden de ideas, un mecanismo que habilite la posibilidad de una revisión integral del fallo.

19. Así las cosas, el Tribunal Constitucional estima que la casación no constituye un recurso eficaz que permita un análisis integral del fallo condenatorio de segunda instancia, sino que, por el contrario, circunscribe su ámbito de competencia a una revisión de puro derecho de la sentencia recurrida. Ello afecta ciertamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, pues no permite que la Corte Suprema actúe como órgano superior de revisión de la primera sentencia condenatoria impuesta a doña Ghisela Rosario Quijandría Elías (fecha 15 de noviembre del 2011, fojas 378) en los mismos términos como actuó la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria de fecha 4 de julio del 2011, expedida por el Tercer Juzgado Unipersonal de Moquegua (fojas 193). Por lo demás, esta circunstancia también ha sido advertida por la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 194-2014-Áncash (fundamento 4.9).

Efectos de la sentencia

20. Si bien el petitorio de la demanda consiste en que se declare la nulidad de la Resolución 9, de fecha 15 de noviembre del 2011, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua y que doña Ghisela Rosario Quijandría Elías sea absuelta del proceso penal en su contra, cabe advertir que la absolución de cualquier persona solo corresponde al juez ordinario por lo que este Tribunal excedería sus funciones con un pronunciamiento en ese sentido y, conforme a lo señalado en las consideraciones previas *ut supra,* a la fecha la sentencia condenatoria ya ha sido cumplida y, en consecuencia, la alegada vulneración se torna irreparable.

21. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta la magnitud del agravio producido a la recurrente, situación que bien puede replicarse en casos posteriores, por lo que se hace necesario estimar la presente demanda en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, corresponde al Congreso de la República habilitar un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio del absuelto.

22. Al respecto, el Tribunal advierte que no es la primera vez en que se ha cuestionado la inconstitucionalidad de la imposibilidad del imputado absuelto de impugnar un fallo condenatorio en segunda instancia. De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la República, ha indicado en numerosas oportunidades que es recomendable efectuar las reformas que sean necesarias para evitar esta clase de escenarios en el desarrollo del proceso penal. Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Nro. 194-2014-Ancash, ha ordenado a las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales del país que apliquen el nuevo Código Procesal Penal a "ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante" lo concerniente a la figura de la condena del absuelto. También se advirtió en esta casación que se habían propuesto, en la casación Nro. 385-2013-San Martín, dos alternativas: i) habilitar las salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho del condenado por primera vez en segunda instancia; y ii) habilitar un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto. En aquella oportunidad, la Sala Penal Permanente advirtió que "a la fecha de la presente sentencia, ninguna de las soluciones propuestas antes expuestas ha sido realizada". Es, en ese sentido, necesario que se implementen las reformas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia y que se condicen, por lo demás, con los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia.

23. Por lo expuesto, este Tribunal estima que la imposibilidad que se pueda recurrir o cuestionar el fallo condenatorio de la persona que ha sido absuelta en primera instancia vulnera el derecho a la pluralidad de instancias.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, **FUNDADA** en parte la demanda, en lo que se refiere a la afectación del derecho a la pluralidad de

JURISPOL

instancia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido con los fundamentos y el fallo emitidos en este proceso, no así con los fundamentos 21 y 22, en tanto refieren que

> 21. (...) Corresponde al Congreso de la República habilitar un medio impugnatorio adecuado y eficaz que permita una revisión amplia e integral del fallo condenatorio del absuelto.
>
> 22. (...) En ese sentido, [es] necesario que se implemente las reformas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia y que se condicen, por lo demás, con los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia.

Evidenciada la afectación de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional debe ordenar su cese. No le corresponde ordenar cómo debe regularse determinada materia, más aún, cuando en casos como el de autos, ha operado la sustracción de la materia, pues se declara fundada en parte la demanda, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, considero que debe declararse improcedente la pretensión para que la demandante sea absuelta en sede constitucional. en aplicación del artículo 5 inciso 1 del citado código, pues la determinación de la responsabilidad penal es una competencia del juez penal.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas. Ahora bien, y sobre la "condena del absuelto", quiero señalar algunas ideas:

1. El artículo 419.2 y 425.3.b. del Código Procesal Penal de 2004 posibilitan la condena de una persona en segundo grado, que previamente fue absuelta en primer grado. Dicha figura es conocida como *"la condena del absuelto"*. Cabe precisar que la anterior legislación procesal penal (Código de Procedimientos Penales de 1940) no contemplaba dicha posibilidad.

2. Se ha señalado que la imposibilidad de que un condenado en segundo grado pueda recurrir dicha decisión a un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior vulneraría el derecho a recurrir un fallo condenatorio, previsto tanto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta vulneración se produciría en concreto por la inexistencia de un medio impugnatorio previsto legislativamente para cuestionar de manera integral (es decir, tanto aspectos jurídicos como fácticos) un fallo condenatorio emitido en segundo grado.

3. En ese sentido, el recurso de casación no sería un recurso idóneo que permita garantizar el derecho fundamental a recurrir, ya que se trata de un recurso extraordinario, que opera frente a determinadas causales (por lo que no procedería en todos los casos) y cuyas decisiones tienen alcance limitado respecto al análisis de fondo del caso. Como recoge la ponencia, así ya lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Mohamed vs. Argentina. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también se ha pronunciado en ese sentido en la Observación General N° 32 referida al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en determinados casos individuales ("Cesario Gómez Vásquez vs. España"; "Jaques Hachuel Moreno vs. España", entre otros).

4. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-792 del año 2014, determinó que existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal. Este derecho comprendería, por un lado, la facultad para atacar el único fallo incriminatorio que se dicta en juicios penales de única instancia, y por otro, la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia o grado e imponen por primera vez una condena en la segunda, en los juicios de doble instancia o grado. A partir de dicha declaración, la Corte, entre otros aspectos, exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año regule integralmente el derecho a impugnar las

sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez. De no cumplir con este deber, la Corte señaló que se entendería que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

5. A nivel nacional, el Poder judicial ha tenido diversas posiciones frente a la figura de la condena del absuelto. En algunos casos validó dicha figura y reconoció la posibilidad de condenar en segundo grado, siempre que exista nueva prueba (Consulta 2491-2010-AREQUIPA; Consulta 4184-2011-AREQUIPA; Casación 195-2012-MOQUEGUA). En otros declaró que la condena del absuelto limita el derecho a recurrir, por lo que propuso la creación de un órgano judicial que pueda revisar las condenas en segundo grado, además de convocar a la Sala Plena para adicionar un artículo al rubro del sistema de recursos que habilite el medio impugnatorio de carácter ordinario, que dé lugar a la intervención de dicho órgano (Casación 280-2013-CAJAMARCA; Casación 385-2013-SAN MARTÍN).

6. Finalmente, se ha señalado que mientras no se implementen las propuestas realizadas por la Corte Suprema (creación de órgano jurisdiccional que revise la condena del absuelto), corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo proceso se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria mediante un recurso de apelación (Casación N° 454-2014-AREQUIPA; Casación 194-2014-ANCASH; Casación 405-2014-CALLAO; Casación 722-2014-TUMBES; Casación 542-2014-TACNA; Casación 530-2016-MADRE DE DIOS; entre otros).

7. A nivel de la doctrina, también se considera que la condena del absuelto vulnera el derecho a recurrir el fallo, toda vez que impide que un condenado pueda cuestionar de manera íntegra la decisión adversa ante un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior. Y es que el derecho a recurrir una sentencia condenatoria debe ser garantizado, independientemente de que se haya emitido en primer o segundo grado.[1]

8. La doctrina también ha señalado propuestas de solución frente a la figura de la condena del absuelto: i) la restricción de impugnar al Ministerio Público sentencias absolutorias de primer grado; ii) la ampliación de la casación (de sus causales de procedencia, así como de sus posibilidades de análisis), que implicaría desnaturalizar a la casación como recurso extraordinario; iii) la regulación de un recurso ordinario a favor del condenado por primera vez en segundo grado, a cargo de otro órgano jurisdiccional de la misma jerarquía (sala superior) o de superior jerarquía (sala suprema); iv) la imposibilidad de condenar en segundo grado y la nulidad de las sentencias emitidas, que es la propuesta realizada por la Corte Suprema a nivel jurisprudencial; v) la nulidad de la condena en segundo grado

[1] ORÉ GUARDIA, Arsenio. Opinión sobre el proyecto de ley 150/2016-CR. p. 12.

establecida a nivel normativo, retornado al modelo previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940 (Art. 301).

9. Frente a este escenario, creo que el Tribunal debe optar por hacer una muy respetuosa invocación a las entidades del sistema de justicia y al Congreso de la República para atender este problema, el cual puede tener una grave incidencia en los derechos de quienes afrontan procesos penales. Será prioritario atender problemas como el expuesto sin hacer menos efectivo el proceso penal, pero a la vez evitando incurrir en situaciones más graves y generalizadas que nos lleven a medidas como la declaración de un estado de cosas inconstitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Eloy Espinosa-Saldaña

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL