

La inadmisibilidad del recurso de apelación

The inadmissibility of the appeal

Manuel Takeshi Vásquez Shimajuko

Programa doctoral en Derecho y Ciencias Políticas, Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, ciudad universitaria av. Juan Pablo II s/n.

Autor correspondiente: takeshivash@hotmail.com (M. Vásquez)

DOI: [10.17268/rev.cyt.2022.02.04](https://doi.org/10.17268/rev.cyt.2022.02.04)

RESUMEN

Se cuestiona la vigencia actual del artículo 423 inciso 3 del NCPP del 2004; y, la importancia de su reformulación. Reformular el citado precepto normativo obedece a la importancia de la materialización cautelar que posee el Estado respecto al control judicial de la sentencia. Aceptamos la vigencia de un sistema de recurso restringido; sin embargo, consideramos que dicha postura sólo tiene rigor de aplicación en los casos concretos en lo que se ha de determinar la validez, certeza o credibilidad de la prueba personal o también frente a cuestionamientos relacionados a la fundabilidad de hechos invocados en la sentencia recurrida. A nivel nacional, la aplicación estricta del citado dispositivo legal importa la pérdida trascendental de control judicial sobre el A Quo, bajo criterios infundados de respeto al principio de intermediación, oralidad y contradicción se corre el riesgo de consentir pronunciamientos judiciales ilegales. La necesidad de obligatoriedad de presencia física del recurrente no puede constituirse en una limitante al deber de control que ejerce la Sala Superior de Apelación sobre los errores en iudicando; por lo que, su actual vigencia constituye un modo de desestabilización del Sistema Jurídico Penal.

Palabras clave: La Inadmisibilidad del Recurso de Apelación; Apelación; Inadmisibile.

ABSTRACT

The current validity of article 423 section 3 of the NCPP of 2004 is questioned; and, the importance of its reformulation. Reformulating the aforementioned normative precept is due to the importance of the precautionary materialization that the State possesses with respect to the judicial control of the sentence. We accept the validity of a restricted appeal system; however, we consider that this position is only rigorously applicable in specific cases in which the validity, certainty or credibility of the personal evidence must be determined or also in the face of questions related to the foundability of the facts invoked in the appealed judgment. At the national level, the strict application of the aforementioned legal device imports the transcendental loss of judicial control over the A Quo, under unfounded criteria of respect for the principle of immediacy, orality and contradiction, there is a risk of consenting to illegal judicial pronouncements. The need for the appellant to be physically present cannot constitute a limitation to the duty of control exercised by the Superior Court of Appeal over the errors in iudicando; therefore, its current validity constitutes a way of destabilizing the Criminal Justice System.

Keywords: The Inadmissibility of the Appeal; Appeal; Inadmissible.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad en artículo 423 inciso 3 del Código Procesal Penal Peruano del 2004 prescribe *“Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente”*. Dicha descripción legal viene siendo acatada por los órganos judiciales del Departamento de La Libertad quienes interpretan en estricto sentido que en respeto al principio de legalidad, oralidad, contradicción e intermediación resulta necesaria la presencia indiscutible del abogado del sentenciado a fin de instalar la respectiva audiencia de apelación de sentencia. En este sentido abordamos el estudio del presente artículo bajo la premisa de que resulta necesaria una interpretación del citado dispositivo legal a la luz de la protección absoluta de los derechos fundamentales y del respeto a los principios inherentes a la administración de justicia. Nuestro ordenamiento procesal ha establecido en el artículo 422 inciso 5 - del citado cuerpo legal - la potestad de que la Sala Penal



de Apelación proceda a citar a los testigos incluso a los agraviado cuando amerite el análisis y sustento de los factores de hecho de la sentencia bajo la validez de los principios de inmediación y contradicción; asimismo, el artículo 424 del inciso 3 del NCPP señala que frente a un cuestionamiento de hecho de la sentencia es obligatorio someter a interrogatorio al sentenciado salvo que haga uso del derecho a guardar silencio. Así nos queda bastante claro que el ordenamiento recursivo contempla la necesidad absoluta de someter a debate en audiencia pública todo cuestionamiento de hecho que justificó la sentencia emitida por el A Quo; de igual forma, todo cuestionamiento que incide en cuestión de hechos y que están referidos a la actuación de la prueba personal deberá ser sometida a debate – en el juicio de segunda instancia - respetando lo dispuesto en el artículo 425 inciso 2 del NCPP. La jurisprudencia nacional emitida desarrolló la necesidad de inmediación y en este sentido expuso el Tribunal Constitución en el **Exp.N°.00849-2011-PHC/TC de fecha 09 de junio del 2011** al señalar *“De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria”*; así también la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú señaló en la sentencia de **Casación N°09 – 2007 - Huaura - del 2007 del 18 de febrero del 2008** que: *“La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí, que debe protegerse la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba”*; la sentencia de **Casación N°541-2915 – Lambayeque de fecha 27 de febrero del 2017** expuso respecto a la prueba personal: (...) *“El Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos las denominadas zonas opacas, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados...Noveno: No obstante, se precisó, que en esta sentencia de casación, que”*: *«Empero, existen zonas abiertas, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de, las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos”*.

El diseño actual del artículo 423 del NCPP materia de estudio nos permite formular la interrogante ***¿Resulta necesaria la presencia del abogado del sentenciado cuando se cuestiona los fundamentos de derecho evacuados en la sentencia?*** Definitivamente, el diseño actual de la vía recursiva contemplada en nuestro ordenamiento procesal torna inviable la posibilidad de que el Juez Superior pueda revisar una sentencia cuando resulta evidente la aplicación incorrecta de la ley; bajo la interpretación legalista del principio de legalidad es indiscutible la presencia del abogado del sentenciado en la audiencia de apelación bajo sanción de inadmisibilidad; ello, importa a que todo cuestionamiento de hecho y de derecho que recae sobre la sentencia debe ser debidamente expuesto y sometido a contradictorio en el juicio de alzada.

Las normas que integran el sistema procesal penal peruano no se encuentran única y exclusivamente desarrolladas con la intención de un mantenimiento exclusivo de los principios de oralidad y contradicción que permita alegar así su supremacía sobre la escrituralidad; así, lo demuestra diferentes dispositivos legales que obligan a mantener un respeto al principio de escrituralidad, como medio de tutela de la garantía constitucional del debido proceso; por ejemplo, el artículo 349 del NCPP referido a la formalidad en la emisión de la acusación permite a la defensa ejercer control sobre la descripción e inmutabilidad del hecho fáctico de imputación; el artículo 350 inciso 1 del NCPP permite a la defensa a través del medio escrito observar la acusación fiscal y de esta forma mantener una tesis lineal de defensa que será inmutable y sostenida a nivel de juicio oral y, que constituye un mecanismo sobre el cual el ente fiscal depondrá su tesis acusatoria; el artículo 374 inciso 2 del NCPP obliga al ente fiscal a realizar por escrito – a nivel de juicio oral – la incorporación de hechos nuevos de tal modo que la variación del hecho adquiera oponibilidad frente a terceros. La medida cautelar personal denominada prisión preventiva debe respetar el principio de escrituralidad a tal punto que una vez requerida y presentada de forma escrita ante el Juez de Investigación Preparatoria es imposible mutar los hechos atribuidos a los investigados en la audiencia misma, debiéndose de detallar todos los hechos inescrupulosamente, ello en aplicación de lo dispuesto en el considerando vigésimo cuarto de la **Casación Nro.623-2013 del 30 de junio del 2015** en la que se señaló lo siguiente *“El representante del Ministerio*

Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro". Asimismo, la apelación que se formula contra resoluciones finales que fueron planteadas oralmente en audiencia deberán de ser fundamentadas por escrito en el plazo de 5 días de conformidad a lo señalado en el artículo 405 inciso 2 del NCPP a excepción de lo previsto en el artículo 401 inciso 4. También no debe perderse de vista que a pesar de la existencia del registro filmico implementado por el Poder Judicial del Perú, el ordenamiento procesal establece que el desarrollo de la actuación procesal, fiscal o judicial debe de constar en acta de conformidad a lo previsto en el artículo 120 del NCPP; y, de igual forma la cuestionable sentencia **casatoria Nro.61 -2009** emitida por La Sala Penal Permanente en fecha 05 de marzo del 2010 nos lleva a concluir que la necesidad de preservar la escrituralidad deriva de la observancia obligatoria de un mandato constitucional así expuso: "*QUINTO.- Que las resoluciones judiciales están sometidas a determinados presupuestos formales, fijados genéricamente en el artículo ciento veintitrés, apartado uno, del Código Procesal Penal. Cuando éstas entrañan un pronunciamiento sobre el objeto procesal o resuelven un cuestión incidental referida a la regularidad o viabilidad del procedimiento penal, cuya motivación es indispensable, el principio de seguridad jurídica y la propia noción de escrituralidad que incorpora la Constitución para el supuesto de resoluciones judiciales*". En este sentido no queda duda alguna que el desarrollo tanto de las normas procesales como de la propia jurisprudencia nacional se decanta por otorgar rigor a la existencia y vigencia de la denominada escrituralidad como mecanismo de garantía procesal.

El sistema de recursos de impugnación a través de la historia nació y es hasta la actualidad un mecanismo de control del poder estatal, poder derivado o cedido a los órganos de administración del poder público así el Poder Judicial y sus magistrados son controlados por un mecanismo que ha de construirse sobre la base del respeto a los derecho, garantías y principios sobre el que se erige un estado social y democrático de derecho; así, las normas de vigencia supranacional contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y La Convención Americana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, coinciden en que en todo estado de derecho existe la necesidad de mantener la vigencia del derecho a cuestionar los pronunciamientos jurisdiccionales y mantener así el principio de pluralidad de instancias, ambas instituciones también coinciden además en la necesidad de que el fallo sea sometido a un juez superior; así en este sentido numerosa jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sugiere la importancia de que el sistema recursivo no establezca requisitos formales rigurosos que tornen imposible el control previo de la forma en que se adquiere la condición de cosa juzgada así quedo argumentado en el **Caso Herrera-Ulloa Vs. Costa Rica** al señalar: "*De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho 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 de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. A nivel nacional, la doctrina de manera uniforme sostiene que el recurso de apelación es un instrumento válido para el ejercicio de control de la resoluciones judiciales y que dicho labor ha de ser ejercido bajo el respeto exclusivo al principio de legalidad, dicho principio de protección al debido proceso ha de construirse como un mecanismo de tutela de la forma en que se ha de adquirir la calidad de cosas juzgada, ello sólo es posible en cuanto el ejercicio de impugnación permite un cuestionamiento amplio de los fundamentos objetivos de la sentencia. El derecho de acceso a un tribunal debe ser concreto y efectivo conforme lo expuso la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Bellet Vs Francia: "*La efectividad del derecho de acceso exige que una persona goce de la posibilidad clara y concreta de impugnar un acto que constituya una injerencia en sus derechos. La normatividad en cuanto a las formalidades y los plazos que se deben respetar para interponer un recurso tiene por objeto asegurar la adecuada administración de la justicia y el respeto, en particular, del principio de seguridad jurídica*". Así, la presencia de situaciones que obstaculizan los actos procesales que impiden y/o limiten las posibilidades de gestionar el asunto ante un tribunal y así desarrollar una interpretación significativamente rigurosa por parte de las jurisdicciones internas de una norma de procedimiento (un formalismo excesivo) puede privar a los demandantes del derecho de acceso a un tribunal. El recurso de apelación de sentencias es una institución que le permite al administrado acceder y obtener tutela procesal efectiva, dicha situación jurídica de cierta persona donde se respeta, enunciativamente, los derechos personales de acceso libre determinados hacia el órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad*

sustancial en tal proceso, a no desviarse de la predeterminada jurisdicción; así como, de no ser sometido a distintos procedimientos de los ya previstos en la correspondiente ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, y a la, imposibilidad de revivir fenecidos procesos, a la actuación temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal; de tal forma, no se trata sólo de advertir que las seguridad jurídica se pone en evidencia porque la decisión judicial adquirió la condición de cosas juzgada sino también por la forma y modo en que la sentencia se ha de ejecutar, lo que en definitiva importa el respeto al marco legal constitucional. Dicho control es sólo posible en tanto en mecanismo recursivo permita un control basado en la razonabilidad de la ejecución del fallo en consonancia con las normas constitucionales que aseguran la estabilidad jurídica. Por ello y en esta misma línea de argumentación el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **expediente 2763-2002-AA/TC**, que en su fundamento jurídico cuarto (in fine) señala: *“El derecho de acceso a la justicia garantiza, entre otras cosas, que el administrado pueda acudir al juez a fin de cuestionar los actos que la administración hubiera efectuado. Como todo derecho, también el de acceso a la justicia es uno que puede ser limitado. Sin embargo, de la posición preferente en la que se encuentran los derechos fundamentales se deriva una exigencia concreta al legislador respecto al momento de establecer las condiciones de su ejercicio o las limitaciones al derecho: en efecto, cualesquiera que sean las restricciones o límites que se establezcan, su validez depende de que éstas no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia”*. Un interesante pronunciamiento recaído en la sentencia **casacional Nro.311-2019** de fecha 10 de setiembre del 2020 en el que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú frente a la inadmisibilidad del recurso de apelación de auto de sobreseimiento acoge la importancia de revisar el contenido expuesto en el escrito de apelación para que a partir de ello se determine la intención impugnatoria frente a su flagrante omisión. dicho pronunciamiento es por primera vez en la jurisprudencia nacional, el decantamiento por evitar excesivas formalidades que puedan colisionar con el derecho de acceso al recurso y de rigorismos que tornen ineficaz la tutela jurisdiccional efectiva; señala además dicha sentencia casatoria que de no verificarse la voluntad impugnativa, el recurso se declarará inadmisibile. Dicho pronunciamiento a nuestro criterio nos permite deducir que de igual forma el escrito de apelación de sentencias de cumplir rigurosamente con exponer las normas inaplicada en un caso en concreto – siempre y cuando no se cuestionen aspectos de hechos - se tornará en el instrumento idóneo con el que se puede proceder a la admisión de la apelación de sentencia, sin que ello importe requerir la oralización de dichos fundamentos jurídicos, los mismos que pueden ser sencillamente contrastados y verificados del escrito de apelación, así por ejemplo; la aplicación de una ley derogada o declarada inconstitucional, la imposición de una pena que no contempla el respeto a las normas de reincidencia y habitualidad, la imposición de la sanción en la que no se respetó el mínimo o máximo legal, también la inobservancia de las reglas de imposición de la pena para los sujeto de capacidad restringida. Estamos frente a situaciones en las que se vuelve necesaria el respeto a lo detallado según el artículo-25-inciso-2 datado en la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se contempla el derecho a un recurso sencillo y rápido que toda persona tiene.

Los defensores de la necesaria presencia de la oralidad - en la audiencia de apelación de sentencia - como presupuesto de existencia que otorga la garantía de un debido proceso sostendrán que es indiscutible que la incomparecencia del abogado del sentenciado en la audiencia de apelación de sentencias no permite la subsistencia de los principios de contradicción e inmediación y, que además en debido respeto al principio de celeridad procesal es mejor decretar la inadmisibilidad del recurso. Así, afirmando nuestra tesis consideramos que dicha argumentación es incorrecta; en primer lugar existe un control inicial del acto postulatorio de apelación regulado en el artículo 405 inciso 1 literal C del NCPP, allí se prescribe la necesidad de que el escrito de apelación cumpla con especificar los puntos sobre los que recaerá la necesaria revisión de la sentencia; y, los fundamentos de hecho y derecho que lo sustentan bajo sanción de inadmisibilidad; luego de ello, existen un segundo control de legalidad respecto al citado escrito, así lo prevee el artículo 421 inciso 2 del NCPP, el mismo que ha previsto que la Sala Penal de Apelación deberá de correr traslado del recurso de apelación a las demás partes procesales y, luego de ello proceder a realizar un control de admisibilidad del planteamiento del recurso. Dicho acto jurisdiccional permite que las partes tomen conocimiento de los fundamentos de la impugnación y de sus pretensiones; además, no puede perderse de vista que la norma prevee la facultad que posee la parte contraria, de poder expresar cualquier tipo de cuestionamiento a la tesis formulada por el impugnante - mediante el escrito de apelación - de conformidad a lo que prescribe el artículo 421 inciso del NCPP, al haberse así previsto taxativamente con la frase: *“Cumplida la absolució de agravios”*. Por tanto, existe derecho de igual de armas, todas las partes y en este caso en concreto el ente Fiscal conocerá de los fundamentos de derecho inaplicados en una clara contravención al ordenamiento jurídico siendo importante destacar que puede oponerse a la admisión del recurso y ejercer control sobre los presupuestos de admisibilidad

quedando por tanto protegido el derecho a una efectiva tutela jurisdiccional, derecho de defensa e igualdad de armas.

El Poder Judicial debe ejercer control efectivo de sus resoluciones judiciales, ello es una obligación derivada de un mandato constitucional; sin que tal argumento deba de entenderse como la apertura a un recurso de apelación de oficio, negado profundamente y de manera unánime por la naturaleza propia del sistema; por ello, si bien la incoación de la revisión es facultativa y ha de ser promovido por el considerado afectado no es menos cierto que las normas que regulan el sistema recursivo han de estar orientadas a la creación de un procedimiento de revisión que asegure la vigencia de los derechos y principios que ofrecen tutela al administrado. Dicho poder estatal se diferencia de sus pares en función que procede sometido a la lógica jurídica y al marco estricto del derecho; estándole vedado actuar conforme al principio de discrecionalidad (salvo excepciones previstas en el propio ordenamiento jurídico). Frente a ello, el proceder está sujeto a una conducta de auto-control, que obliga tácitamente a que todas las determinaciones judiciales deberán acreditar coherencia frente a los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad promoviendo soluciones a las controversias judiciales. El control no constituye limitación alguna a las actividades de las autoridades, sino más bien, constituye un proceso de supervisión de las actividades ejecutadas por la autoridad pertinente, a través de la cooperación como por la simple comprobación de las normas que determinan los límites, garantizando que las limitaciones sean efectivas.

El sistema jurídico nacional muestra en su configuración un desarrollo de normas que denotan la existencia de un “deber” Poder Judicial de ejercer control e impulso del acto público, así por ejemplo, la existencia del denominado impulso de oficio que opera como una fórmula de control y de respeto al principio de celeridad que se encuentra regulado en el artículo IV de la Ley General de Procedimiento Administrativo – Ley Nro.27444; así también las normas que regulan el recurso de apelación de sentencia prevista en el Código Procesal Civil - en sus artículos 373 al 375 - las mismas que no regulan la inadmisibilidad de la apelación ante la no presencia del recurrente a la audiencia de vista; El ordenamiento civil – en su expresión recursiva – permite un control amplio y efectivo de las sentencias; nótese, que dicho ordenamiento no es una vía lesiva de los derechos fundamentales del ser humano como si lo constituye el ordenamiento penal y su normas procesales: por tanto, la limitante a no reconocer un efectivo control del fallo en una vía tan lesiva como lo constituye el sistema penal no es razonable ni mucho menos proporcional ni constituye un mecanismo de efectivización de algún derecho de primera jerarquía constitucional. Por otro lado, la declaratoria de nulidad absoluta que ha previsto en el artículo 150 del NCPP o la facultad atribuida a la Sala Penal de Apelación - de declaratoria de nulidad absoluta - que no fuera invocada o advertida por el recurrente, de conformidad con lo señalado en el artículo 409 inciso 1 del NCPP; y, la atribución de un control de oficio previsto en los artículos 427 inciso 4, artículo 432 inciso 1 y artículo 434 inciso 4 del NCPP otorgado a la Sala Penal Permanente en el marco de competencia del recurso de casación. Todas estas instituciones jurídicas constituyen la proyección de una necesaria tutela de los principios, deberes y derechos previstos por el artículo 138 inciso 3, 6, 8 y 9 de la Constitución Política del Perú; la colisión que existe entre el principio de ejercer contradicción a las resoluciones judicial y que guarda relación estrecha con el respeto al derecho de pluralidad de instancias frente a la vigencia de los principios de oralidad, contradicción y legalidad - como fundamento jurídico que dota de contenido al artículo 423 inciso 3 del NCPP, puede ser solucionado mediante la técnica de la ponderación. En la Constitución Política del Perú, según el artículo 18, se señala que *“el deber funcional de los jueces de preferir la norma constitucional cuando determinen –previa labor interpretativa– que existe incompatibilidad entre un precepto constitucional y una pauta legal de menor jerarquía.”* Asimismo, se señala, que los principios deben brindar coherencia y razonabilidad político-jurídica al momento de asociarse a la normatividad del sistema, permitiendo la viabilidad y óptima regulación normativa constitucional. Así, Beatriz L. Alice, señala que *“el principio cumple función informadora del ordenamiento jurídico al que le dan consistencia y fundamento. En ese sentido, en la formulación de las normas deben encontrarse presentes ya sea de manera explícita o implícita. Consecuentemente con ello, toda norma que sea objeto de recepción en nuestro ordenamiento y que ofrezca un contenido lesivo a dichos principios deberá ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad”*. De ahí que, la validez de las disposiciones legales no hallan conformidad ideal con su respectivo proceso de creación, pero sí, en lo que contiene; de la misma manera, la validez y congruencia con el Estado Constitucional no solo radica en el hecho que exista un procedimiento regulado para resolver ante un juez los conflictos jurídicos, sino que, tal procedimiento debe contener las mínimas garantías para hacer de dicho proceso un espacio de deliberación suficientemente completo promoviendo la existencia del derecho a una segunda opinión. Por ello, la apelación de mera revisión del acto impugnado, no constituye suficiente para promover una adecuada tutela jurisdiccional y efectiva, debido a que, se constituiría un no espacio del proceso que permita potencialmente reducir la posibilidad de la falibilidad humana sino en la convalidación del error o de la arbitrariedad.

Un análisis del artículo 423 inciso 3 del NCPP denota el no respeto al “principio de constitucionalidad”; por lo que, a la luz de lo señalado por el Tribunal Constitucional en el **Expediente N° 00017- 2003-AI/TC** se sugiere analizar dicho precepto normativo bajo el criterio de conservación de las normas; así se señaló que: *“el principio de la conservación de las normas se encuentra sujeto a las reglas siguientes: a) Que se verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe por lo menos una que salve a la norma de la declaración de invalidez. b) Que la interpretación efectuada resulte razonable. Ergo, implica expresar una justificación lógica. Así, es exigible que la conceptualización, proposiciones y razonamientos en pro de la información, contengan argumentos coherentes y ordinariamente aceptables por la comunidad”*. A nuestro juicio la norma en análisis sólo cumple como premisa de justificación normativa un estricto cumplimiento del principio de legalidad sin tener en cuenta que la inadmisibilidad de la apelación de la sentencia sólo debe producirse ante la inconcurrencia física del abogado defensor del sentenciado cuando la impugnación esté referida a un reexamen de los hechos que fundan la sentencia, de conformidad a una interpretación sistemática del 422 inciso 5 del NCPP. No siendo, por tanto, necesaria la presencia física del abogado y posterior oralización de los cuestionamientos de derecho, que fue además expuesto en el escrito de apelación y puesto a conocimientos de las partes en el traslado respectivo. Consecuentemente no resulta argumento válido otorgar vigencia absoluta a la necesaria presencia del principio de inmediación, contradicción y oralidad frente al derecho de pluralidad de instancias; siempre y cuando no se proceda al análisis argumentativo de cuestiones propias de la prueba personal; por lo que resulta viable que el Tribunal de Apelación revise la impugnación referida a cuestiones de derecho sin exigir la presencia física del impugnante; por ello, no existe necesidad de conservación y vigencia de dicha norma en el extremo que no permite el cuestionamiento de derecho, es procedente entonces su mutación. Admitir la obligatoria presencia del impugnante en éste extremo, conlleva a la pérdida de control del sistema judicial penal peruano y el debilitamiento al derecho de pluralidad de instancia, restando validez a un recurso de control bajo el argumento de que el desarrollo del mismo y su efectivización es una obligación del propio sentenciado como si sobre el recayera o se le hubiera cedido el poder derivado y el deber de control de la legalidad; y, aún más la determinación del valor de justicia.

El Tribunal Constitucional en el **Expediente Nro.17112-2017** de fecha 25 de setiembre del 2017 ha señalado que un control difuso de la norma deberá de tener en consideración que el principio de proporcionalidad deberá de aplicarse siguiendo un análisis del subprincipio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Así, **un primer análisis**. – conocido también como el de finalidad, es preciso establecer si lo que se busca con la medida de inaplicación normativa, es lícito y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana. En este sentido, advertimos que el derecho a la pluralidad de instancia forma parte del derecho fundamental al debido proceso y que la norma cuestionada no promueve la concretización y vigencia de la garantía de la revisión judicial muy por el contrario niega la posibilidad de control judicial del fallo. No permite por tanto controlar la forma en que se ejecutará la sentencia; a tal punto, de que exista sentencias ilegales que pueden sencillamente adquirir la calidad de cosa juzgada en un notoria contradicción al ordenamiento jurídico. El artículo cuestionado no promueve el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puesto que el acceso al recurso de impugnación esta delimitado por el cumplimiento de una regla excesiva – sustentada en la vigencia de los principios de oralidad y contradicción -la misma que en su cumplimiento en el caso en concreto no significa ni promueve el aseguramiento de otros derechos sustantivos. Negando de esta manera el cumplimiento y tutela del principio de prohibición de la interdicción de la arbitrariedad. **En segundo lugar**. – respecto al segundo subprincipio, conocido como el de necesidad, se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, al inaplicar la ley penal, era la única que permitía el logro de la finalidad de tutela. Definitivamente, su inaplicación efectiviza el control de la sentencia y otorga vigencia al derecho de pluralidad de instancias; es decir, en su estricta aplicación, el órgano jurisdiccional no tiene la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa para obtener la protección de los derechos fundamentales del sentenciado. El mandato expreso contenido en la norma es la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación ante la inconcurrencia del abogado que cuestiona aspectos de hecho y derecho; así, el derecho fundamental a la pluralidad de instancia es limitado irrazonablemente por una norma que de manera absoluta niega la posibilidad de revisión. No existe en el desarrollo de dicha norma la opción de peticionar a la sala penal que revise la sentencia sin presencia del recurrente en la audiencia respectiva, la norma por tanto denota una obstrucción absoluta al desarrollo del derecho de pluralidad de instancias; de tal forma, que no existe ninguna otra forma en que el derecho afectado sea lesionado mínimamente puesto que la sanción ante la inconcurrencia es bastante clara: la inadmisibilidad. **En un tercer** y último nivel de análisis. – la inaplicación de la norma es proporcional; en tanto, el juzgador al inaplicar el artículo cuestionado, brinda tutela a un derecho fundamental de primera jerarquía constitucional. La norma cuestionada y su cumplimiento cabal no asegura, permite o efectiviza salvaguardar el derecho de defensa de las partes ni mucho menos dicho cumplimiento normativo constituye la forma exclusiva de tutela a los principio de oralidad y contradicción, en tanto, que

acorde a lo sostenido – líneas arriba - el derecho de igualdad de armas – en vía de impugnación - ya se encuentra protegido por la vigencia de artículo 422 del NCPP; así la norma restrictiva otorga una mayor protección constitucional a la efectivización de los principios de oralidad y contradicción frente al derecho de acceso a la impugnación; por lo que, al no tutelar o efectivizar ningún otro derecho, el artículo 423 inciso 3 del NCPP resulta inaplicable por quebrantamiento al derecho constitucional de pluralidad de instancias. En este sentido, la intervención del juzgador al inaplicar la ley cobra vigencia al procurar que una sentencia ilegal en clara contravención del ordenamiento jurídico alcance los efectos de la cosa juzgada prevaleciendo así el principio y derecho de la función jurisdiccional: el acceso a la doble instancia.

2. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1 Población Universal

- Está constituida por quince Resoluciones que Declararon Inadmisibles los Recursos de Apelación cuando no asistió la parte impugnante a las audiencias de apelación de sentencias, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015

2.2 Población Muestral

- Está constituida por 15 Resoluciones que Declararon Inadmisibles los Recursos de Apelación cuando no asistió la parte impugnante a las audiencias de apelación de sentencias, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015

2.3 Unidad de Muestra

- Está integrada por 15 Resoluciones que Declararon Inadmisibles los Recursos de Apelación cuando no asistió la parte impugnante a las audiencias de apelación de sentencias, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015.

2.4 Métodos.-

Método Universal:

- Es el método científico, se aplicará durante toda la investigación a efectos de poder contrastar la hipótesis de estudio.

Métodos Generales:

Deductivo:

Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular, utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada.

Inductivo:

A partir de éste método se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general, esto se aplicará en la medida del estudio de si es posible garantizar el principio control jurisdiccional y pluralidad de instancias cuando no asiste la parte impugnante a la audiencia de apelación de sentencia, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015

Métodos Específicos

Por el tipo de investigación:

- Exploratoria, en tanto nuestra investigación recae sobre un punto de investigación nuevo y no tratado en la doctrina nacional.
- Explicativa, porque permite establecer relaciones de causa y efecto.
- Longitudinal, revisa un periodo de tiempo en que sucedió los hechos materia de investigación – Distrito Judicial de La Libertad 2014 y 2015-

Síntesis:

En aplicación del método Sintético se podrá de construir todos los elementos que fueron analizados particularmente, a fin de llegar a conclusiones sobre si es posible garantizar el principio control jurisdiccional y pluralidad de instancias, cuando no asiste la parte impugnante a la audiencia de apelación de sentencia, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015

Método Hermenéutico:

A partir de este método se usará en cuanto al análisis de cada de las posturas de la doctrina, jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, los Tratados Internacionales y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, para determinar si el artículo 423 inc. 3 del Código Procesal Penal, ha vulnerado el principio control jurisdiccional y el derecho a la pluralidad de instancias, cuando no asiste la parte impugnante a la audiencia de apelación de sentencia, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015

3. RESULTADO Y DISCUSIÓN

Resultado NRO.01: Fundamentos de la Inadmisibilidad.

- Expediente: N°00285-2015-0-1601-SP-PE-01, N°.03010-2014-67-1601-JR-PE-01, N°.00010-2015-0-1601-SP-PE-01, N°.00120-2015-0-1601-SP-PE-01, N° 00628-2014-0-1601-SP-PE-01, N° 00580-2014-0-1601-SP-PE-01, N° 00592-2014-0-1601-SP-PE-01, N° 626-2014-0-1601-JR-PE-08, N° 00586-2014-0-1601-SP-PE-01, N°: 578-2014-0-1601-SP-PE-03, N°523-2015-0-1601-SP-PE-03, N°: 517-2015-0-1601-SP-PE-03, N°: 110-2015-0-1601-SP-PE-03, N°: 21-2015-0-1601-SP-PE-03, N°: 7-2015-0-1601-SP-PE-03

Resultados N°2.- Fundamentos del Control Jurisdiccional.-

- Tutela Jurisdiccional Efectiva.
- Derecho al Debido Proceso.
- Derecho de impugnación.
- Pluralidad de instancias.

Resultado N° 3.- Posturas Asumidas.

- A nivel nacional se encuentra vigente el artículo 423 inciso 3 del NCPP y su aplicación se viene realizando conforme a lo previsto taxativamente.
- Nuestra posición esbozada en el presente trabajo no ha sido desarrollada por ningún autor a nivel nacional.

Resultado N° 4.- Propuesta Legislativa

Artículo 423° inciso 3 del NCPP	
Actual	Propuesto
3. “Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente”	3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia el secretario de audiencias procederá a leer integralmente el recurso impugnatorio sin perjuicio de que los concurrentes expresen sus pretensiones del ser el caso. Si la apelación se funda en cuestiones de derecho se procederá a evaluar la legalidad de la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el escrito de impugnación. En caso exista admisión de nueva prueba en segunda instancia es necesaria la presencia del abogado del sentenciado recurrente caso contrario la audiencia se reprogramará y se procederá de conformidad a lo previsto en el artículo 85 del presente cuerpo normativo. Si la apelación de funda en cuestión de hecho es necesaria la presencia del abogado del sentenciado.

Discusión de Resultados N° 1.- Fundamentos de inadmisión

- El 26.7% de las sentencias de apelación de sentencia de primera instancia, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015 fueron por sentencias absolutorias. Tal es el caso de las sentencias expediente N°00010-2015-0-1601-SP-PE-01, expediente N°00120-2015-0-1601-SP-PE-01, expediente N°578-2014-0-1601-SP-PE-03 y el expediente N°523-2015-0-1601-SP-PE-03.

- El 6.7% fueron por sentencias con reserva de fallo condenatorio lo que es representado por el expediente N°00592-2014-0-1601-SP-PE-01.
- El 33.3% de las sentencias de apelación fueron condenatoria con pena suspendida las que están representadas por el expediente N°00285-2015-0-1601-SP-PE-01, expediente N°00586-2014-0-1601-SP-PE-01, expediente N° 110-2015-0-1601-SP-PE-03, expediente N°21-2015-0-1601-SP-PE-03 y el expediente N°7-2015-0-1601-SP-PE-03.
- El 33.3% fueron sentencias de apelación de sentencias condenatoria con pena efectiva las que están representadas por el expediente N°00628-2014-0-1601-SP-PE-01, expediente N°00580-2014-0-1601-SP-PE-01, expediente N°03010-2014-67-1601-JR-PE-01, expediente N°626-2014-0-1601-JR-PE-08 y el expediente N°517-2015-0-1601-SP-PE-03.

Discusión de Resultados N° 2.- Fundamentos de Control Jurisdiccional.

- Para un sector de la doctrina, la impugnación es una extensión del derecho de acción pues el derecho de acción, abarcaría todos los actos procesales de impulso o de revisión tendientes a obtener la solución de la causa.
- Otro sector de la doctrina considera que la naturaleza jurídica de la impugnación es la tutela jurisdiccional efectiva, en razón a la pluralidad de instancias, toda vez que una debida tutela jurisdiccional efectiva importa una revisión de las sentencias de primera instancia.
- La naturaleza jurídica de la impugnación es el debido proceso, entendido este como el cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento.
- El debido proceso encierra en sí mismo un conjunto de garantías constitucionales entre las que están el derecho a apelar y el derecho a que (en este caso) su apelación se admitida.
- También se considera que la naturaleza jurídica de los medios impugnatorios, es el control jurisdiccional, la cual es una manifestación política de control de la actividad jurisdiccional, lo que permite que la revisión del recurso no sólo sea visto de una arista dispositiva, -sólo a pedido de parte-, sino como un deber, este deber, que nace incluso de la potestad de los jueces de administrar justicia, prescrito en el artículo 138° de la Constitución Política del Perú.

Discusión de Resultados N° 3.- Posturas Asumidas.

- Julio B. MAIER señala que: “el recurso contra la sentencia definitiva no es, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado, sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no solo la forma de enjuiciamiento y su solución, sino también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que estos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento.
- Alberto Binder, quien señala que es a través de los medios de impugnación que se cumple con el principio de control, el cual es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal. Así el citado autor señala que el principio de control se fundamenta en 4 bases, que son: a) La sociedad debe controlar cómo sus jueces administran justicia; b) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional; c) los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada; d) Al estado le interesa controlar como sus jueces aplican el derecho.
- Por el contrario, el 100 % de la doctrina analizada se encuentra a favor de no admitir el recurso de apelación en caso de inconcurrencia del abogado recurrente.

4. CONCLUSIONES

Sometido a control difuso, el artículo 423 inciso 3 del NCPP, no supera el test de proporcionalidad.

El artículo cuestionado no supera el principio de conservación de normas desarrollado por el Tribunal Constitucional. No permite el control de la sentencia cuando el objeto de impugnación es la incorrecta aplicación del derecho.

Los fundamentos por las cuáles se declararon inadmisibles los Recursos de Apelación cuando no asiste la parte impugnante a la audiencia de apelación de sentencia, en el Distrito Judicial de La Libertad en el Bienio 2014-2015, es la aplicación del artículo 423° inciso 3 del Nuevo Código Procesal Penal bajo el estricto respeto al principio de legalidad. Puede traer como consecuencia que sentencias evidentemente ilegales e irracionales adquieran la calidad de cosa juzgada.

La reforma legislativa para corregir los defectos existentes en el artículo 423 inc.3 del Código Procesal Penal de 2004 encuentran fundamento en tanto se respete el derecho de pluralidad de instancia de conformidad a lo expuesto por la doctrina supranacional.

En la legislación comparada encontramos cuerpos procesales que permiten la instalación de la audiencia de apelación de sentencia sin presencia del abogado recurrente para cuestionamientos de hechos o de derecho; así tenemos: **CODIGO PROCESAL PENAL PARAGUAYO DE FECHA 14 DE JULIO DE 1998, CODIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA DE FECHA 04 DE JUNIO DE 1996, CODIGO PROCESAL PENAL MEXICANO (05 DE MARZO DEL 2014), CODIGO PROCESAL PENAL VENEZOLANO DEL 14 DE NOVIEMBRE DEL 2011, EL CODIGO PROCESAL PENAL BOLIVIANO - LEY No. 1970 DEL 25 DE MARZO DE 1999, LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL – REAL DECRETO DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DE 1882 (Última modificación: 2 de julio de 2021 – ESPAÑA) .**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beatriz, A. 1999. Los principios generales del derecho constitucional argentino. Los valores en la constitución argentina. Argentina. Disponible en: <https://docer.com.ar/doc/xcen0vv>
- Chiabra, M. 2010. El Debido Proceso Legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva.; Revista de Derecho Foro Jurídico 11: 67-74
- Espinoza, E. 2000. El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra corte suprema sobre el particular. en: Cuadernos. Jurisdiccionales. Ediciones Legales. Lima, Perú: 37- 61 pp.
- Flores, G. 2020. Restricciones al principio de pluralidad de instancias en la investigación preparatoria ante la afectación al derecho de defensa. Tesis de Maestría. Escuela de Posgrado. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- Frisancho, M. 2014. El nuevo proceso penal: teoría y práctica. Ediciones Legales. Lima, Perú.932pp.
- Gimeno, S. 2003. Introducción al derecho procesal. Editorial Colex. Madrid, España. 357pp.
- García, V. 2010. Teoría del estado y derecho constitucional. Tercera Edición. Editorial ADRUS. Arequipa. Perú. 861 pp.
- Hinostroza, A. 1999. Medios impugnatorios. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú. 462 pp.
- Iberico, L. 2012. Teoría de la impugnación en el código procesal penal de 2004. Gaceta Jurídica.
- Moratto, S. 2021. El principio de igualdad de armas: Un análisis conceptual. Derecho Penal y Criminología. 41(100): 177-202