

**EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL PROCESO PENAL PERUANO.
HACIA LA GENERALIZACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA Y
LA INSTAURACIÓN DE LA CASACIÓN**

YOLANDA DOIG DÍAZ

I. Preliminar. **II.** El sistema vigente de recursos en el ordenamiento penal peruano. **III.** El derecho a los recursos. **IV.** El recurso de apelación. Cumplimiento efectivo de la doble instancia. 1. Apelación plena. 2. Apelación limitada. 3. El modelo de apelación propuesto para el ordenamiento peruano. **V.** La casación.

I. PRELIMINAR

Bajo el término *recursos* cabe entender el conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de la misma, bien por otro superior, con la finalidad de incrementar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales.¹

1 DÍAZ MÉNDEZ 2002: 684.

Apelación y casación pertenecen a la categoría de recursos, aun cuando guarden importantes diferencias entre sí. La primera tiene una naturaleza ordinaria, la segunda es extraordinaria. Su finalidad es distinta: la apelación entraña una revisión de la decisión judicial, en tanto que la casación pretende unificar la jurisprudencia. El recurso de apelación será resuelto por los superiores jerárquicos repartidos en el territorio mientras que la casación, a la vista de su carácter singular, solo corresponde a un Tribunal, la Corte Suprema.

A su estudio se dedicará este trabajo que, tras describir el sistema de recursos vigente en el ordenamiento peruano, abordará, en primer lugar, el derecho del justiciable a los recursos; en segundo, la apelación y sus distintas modalidades; y para concluir, en tercer lugar, el papel que la casación debe desempeñar en el proceso penal peruano. El objetivo será poner de relieve la necesidad de articular un sistema de recursos coherente que delimite las respectivas parcelas de la casación y de la apelación.

Dado que este número del *Anuario* está dirigido al estudio y discusión de la reforma del proceso penal peruano, es precisamente a su sistema de recursos al que se harán continuas referencias. Ello no significa en absoluto mantener distancia de las aportaciones del derecho comparado, en especial del español, con el que existen importantes coincidencias que serán puestas de manifiesto a lo largo del texto.

II. EL SISTEMA VIGENTE DE RECURSOS EN EL ORDENAMIENTO PENAL PERUANO

Conforme al Código de Procedimientos Penales de 1940 (en adelante CdePP 1940), cabe interponer el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces penales, en los procedimientos sumarios, y por los jueces de paz letrados en los procedimientos por faltas.

En los procedimientos sumarios por delitos menos graves, el art. 7 del Decreto Legislativo 124, que introduce reformas en el CdePP 1940, dispone que las sentencias y los autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de ser apelados ante las Salas penales de las Cortes Superiores. Contra las decisiones de estas Salas no cabe interponer, reza el art. 9 del mismo Decreto, recurso de nulidad.

En los procedimientos por faltas, establece el art. 325 CdePP 1940 que las sentencias dictadas por los jueces de paz letrados son susceptibles de ser apeladas ante el Juez Instructor y en los procesos sentenciados por los jueces de paz no letrados serán resueltas por el Juez de Paz Letrado.

Esta posibilidad de apelar no constituye —lamentablemente— un común denominador del sistema procesal peruano, puesto que no concurre en el procedimiento ordinario por delitos graves. En dicho procedimiento, el enjuiciamiento de los delitos se atribuye a las salas penales, cuyas sentencias son susceptibles de ser recurridas ante la sala penal de la Corte Suprema, mediante la interposición del recurso de nulidad.

De forma resumida, este es el sistema de recursos que contempla el texto procesal de 1940. Junto a dicho cuerpo legal —es preciso recordar— coexiste un Código Procesal Penal, aprobado en 1991, del que solo han entrado en vigor los preceptos que desarrollan la libertad provisional, detención (prisión preventiva) y comparecencia: simple y restrictiva, principio de oportunidad y diligencias especiales (levantamiento de cadáver, necropsia, algunas pericias forenses y preexistencia). En materia de recursos, dos aspectos del Código de 1991 deben ser destacados, la detallada regulación de la apelación, por un lado, y la introducción de la casación, por otro. En dicho Código el recurso de apelación recibe tres nombres distintos, dependiendo del órgano encargado de resolver: apelación elemental cuando resuelve el Juez Penal, apelación superior cuando corresponde a la Corte Superior y apelación suprema cuando conoce la Corte Suprema. La casación, prevista en el art. 345 del CPP 1991, será susceptible de interponerse contra las sentencias y autos expedidos por las Salas penales superiores en los procesos de trámite ordinario.² También procede la casación contra los autos emitidos por las Salas que dispongan el sobreseimiento definitivo y las sentencias de las Salas penales que sean confirmatorias o revocatorias de las sentencias expedidas por el Juez Penal, siempre que el delito más grave, a que se refiere la acusación escrita del Fiscal Provincial, tenga señalada en la ley una pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Para concluir con la regulación de 1991, dos son los motivos por los cuales procede el recurso de casación: por quebrantamiento de forma y por infracción de la ley material.

2 SAN MARTÍN CASTRO 2000: T. II, 720.

Sería injusto no valorar positivamente la regulación de 1991, en especial, el espíritu del legislador peruano de acometer una reforma de las dimensiones de la emprendida, que revela una modernización del proceso penal fiel a las garantías del justiciable. Sin embargo, las buenas intenciones no se han traducido en la práctica y parecen destinadas a constituir letra muerta.

Ante tal situación, el estudio realizado en este artículo pone especial atención en la regulación de 1940, formulando las evidentes propuestas de *lege ferenda* sin dejar de contrastar los problemas y carencias de la administración de justicia peruana.

Visto el sistema de recursos peruano, considero que dos son los temas preocupantes: en primer lugar, la necesidad de contar con una segunda instancia penal en todos los procesos penales; y, en segundo lugar, la configuración de la Sala penal de la Corte Suprema como Tribunal de casación. Estas dos cuestiones serán desarrolladas en los siguientes apartados.

III. EL DERECHO A LOS RECURSOS

El fundamento de los recursos descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime desacertada, para lo cual se le da la posibilidad de la impugnación que el recurso supone.³

Consciente de su trascendencia, la Constitución peruana de 1993 junto al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos (139.3 Const. 1993), contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancia (139.6 Const. 1993). De lo anterior podría concluirse que el constituyente peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, por lo tanto, una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia.⁴

3 DÍAZ MÉNDEZ 2002: 684.

4 Sobre el caso español, véase CALDERÓN CUADRADO 1997: 21.

En los ordenamientos en los que no está contemplado dicho derecho, se ha entendido que el derecho a los recursos no constituye una obligación dirigida al legislador de modo que sea imperativa la construcción de un sistema determinado de recursos. Ha sido necesario que una ley establezca el recurso, para que el derecho, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pase a integrar el derecho a la tutela judicial efectiva.⁵

En el supuesto de que la Constitución peruana, como otros ordenamientos, no hubiese recogido el derecho a la pluralidad de instancia, lo cierto es que se habría visto igualmente obligada a articular una segunda instancia en materia penal, conforme a la exigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo art. 14.5 establece 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 la ley. Su aplicación directa en el ordenamiento peruano resulta obligatoria a la vista del art. 55 Const. 1993, que dispone que los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En el mismo sentido, la disposición final y transitoria 4.^a del texto constitucional peruano advierte 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 los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Lamentablemente, ni la consagración constitucional del derecho a la pluralidad de la instancia ni la suscripción del citado Pacto Internacional han supuesto, hasta el momento, una reforma legislativa que configure, de modo genérico y uniforme, la segunda instancia en el proceso penal peruano. Tal y como se ha señalado anteriormente, contra las sentencias dictadas por las Salas penales de las Cortes Superiores solo cabe interponer el recurso de nulidad, que no constituye, en modo alguno, una segunda instancia penal, aun cuando pretenda afirmarse que dicho recurso satisface el derecho a la exigencia de la doble instancia contra aquellas resoluciones respecto a las que no cabe recurso de apelación.⁶

5 CORDÓN MORENO 1999: 184.

6 MARTÍN GARCÍA *et al.* 1999: 236.

A la vista de la relevancia que cobra el art. 14.5 PIDCP, resulta necesario delinear su alcance. Tal y como está redactado dicho precepto, se presta hasta a tres interpretaciones diferentes, según sea el énfasis —mínimo, medio o máximo— que se ponga en asegurar las garantías del procesado.⁷ 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 satisfice las exigencias de una impugnación que revista el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena, sin los límites que contiene la casación. Por último, si se trata del máximo grado de garantismo, se propone que el art. 14.5 sea interpretado como el derecho del imputado no solo a tener un juicio doble sino más específicamente un doble juicio conforme en caso de condena.

Contrastadas tales interpretaciones con el ordenamiento peruano, resulta evidente que su sistema de recursos se ha inclinado por la concepción mínima, de modo que resulta suficiente que las sentencias dictadas en los procedimientos ordinarios sean conocidas por la Corte Suprema vía recurso de nulidad para dar por cumplida la eficacia de la pluralidad de instancia.

El Perú, sin embargo, no es el único de los países que ha puesto un mínimo énfasis en asegurar las garantías del procesado en materia de segunda instancia. El ordenamiento español, inclinado también por dicha interpretación, ha visto refrendada su postura por consecutivos pronunciamientos de su Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal, en una interpretación exclusivamente literal del art. 14.5 PIDCP, reconoce que dicho precepto no promueve la creación de «[...] recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del acceso ante un tribunal superior»,⁸ tras lo cual, considera que tal acceso queda cumplido con la actual regulación del recurso de casación penal. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha delimitado el alcance del art. 14.5 PIDCP, al entender que «[...] no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades» (STC 76/1982, del 14 de diciembre).

7 IGARTUA SALAVERRÍA 1995: 132.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional español 42/1982, del 5 de julio de 1982.

De lo anterior, se deriva que la determinación del Tribunal superior y la forma como ha de someterse a él el fallo condenatorio y la pena, configuran parte de la esfera del legislador interno. Con tal premisa, el Tribunal Constitucional español pretende justificar la diferencia existente en su ordenamiento —también presente en el peruano— de que en determinados supuestos pueda ser interpuesto el recurso de apelación y, que en otros, sea el recurso de casación penal o el de nulidad el recurso que facilite al condenado el acceso a un tribunal superior.

Dicha argumentación, literal y restrictiva, legitima la situación vigente en los ordenamientos español y peruano, en los que el recurso de casación y el de nulidad, en cada caso, a pesar de su cognición restringida, alcanzan a cumplir —mínimamente, claro está— la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto.⁹

Sentado lo anterior, resulta necesario comprobar si el recurso de nulidad, tal y como está previsto en el CdePP 1940, cumple con los fines de la doble instancia en materia penal y con el sometimiento de la sentencia condenatoria a un tribunal superior. Adviértase que, como establece el art. 298, la Sala penal declarará la nulidad únicamente en los supuestos previstos en la norma: a) Cuando en la sustanciación de la instrucción o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámite o garantías establecidas en la Ley Procesal Penal; b) Si el juez que instruyó o el Tribunal que juzgó no era competente; c) Si se ha condenado por un delito que no es materia de la instrucción o del juicio oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece en la denuncia, de la instrucción o de la acusación. El mismo precepto delimita el alcance de la nulidad, que no tiene más efectos que el de retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio. Se trata de un recurso tasado y sujeto a requisitos especiales que no todos los recurrentes pueden cumplir, de modo que no todos tendrán acceso a ese peculiar medio de impugnación.

Entre la apelación y el recurso de nulidad existen sustanciales diferencias —aun cuando ambas constituyen una revisión del fallo— que responden a concepciones distintas de la función revisora,¹⁰ susceptibles de ser

9 Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1988 (Pleno), del 3 de marzo. Recurso de Amparo núm. 604/1985.

10 VECINA SIFUENTES 2003: 157.

entendidas en algunos casos como fiscalización y en otros como renovación. Renovar significa realizar un nuevo juicio, una nueva decisión, mientras que fiscalizar supone un enjuiciamiento crítico de la resolución recurrida, de acuerdo con unos motivos legales de impugnación. Precisamente aquí reside la diferencia: la apelación se concibe como renovación, mientras que el recurso de nulidad como una fiscalización.

La situación del sistema de recursos penales contrasta en forma notoria con la del ordenamiento civil peruano, al extremo que puede afirmarse, que en materia de recursos, el ordenamiento procesal peruano ofrece más garantías para el derecho a la propiedad que para el derecho fundamental a la libertad.¹¹ Así, en tanto que el Código Procesal Civil consagra el principio de la doble instancia y casación (art. X Título Preliminar, arts. 364 y ss., arts. 384 y ss.), nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940 consagra un sistema no solo menos garantista, sino también ilógico, al ser inversamente proporcional a la gravedad de la pena a imponer: apelación para faltas y delitos menos graves competencia de los jueces penales y únicamente recurso de nulidad para los delitos graves, competencia de las Salas penales de la Corte Superior.

Tal situación no puede resultar indiferente para el legislador peruano. Menos aún cuando esta materia ha sido objeto de un dictamen condenatorio por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Se trata de una decisión dictada en el marco de un proceso contra el Estado español, con un pronunciamiento del Comité en contra de su sistema de recursos, al considerar que el Estado español ha violado el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, debido a que la condena de un ciudadano español solo fue revisada en casación ante el Tribunal Supremo. A juicio del Comité, el recurso de casación constituye un recurso incompleto de revisión y aunque es cierto que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame *apelación*, al margen en definitiva de la nomenclatura dada al recurso, este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto.¹²

11 GIMENO SENDRA *et al.* 1997: 105.

12 Comunicación N.º 701/1996: España. 11/08/2000. CCPR/C/69/D/701/1996 (Jurisprudencia), 69.º período de sesiones, 10-28 de julio de 2000. Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Estado español, en su defensa, alegó que la casación, en los casos de delitos graves, constituía prácticamente una segunda instancia; sin embargo, el Comité entendió —de la información y los documentos presentados por el Estado Parte— que no quedaba desvirtuada la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluyó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitando dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumplía con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto.

Pese a las alegaciones esgrimidas en su momento por el gobierno español y la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que la situación en materia de recursos está a punto de ser remediada. En el año 2003, se ha puesto en marcha una reforma, actualmente en trámite parlamentario, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que introduce el recurso de apelación para los delitos sustanciados por el proceso común, cubriendo de esa forma el vacío existente en el ordenamiento penal español.

Distinta, y conforme al PIDCP, es la situación del ordenamiento italiano en el que la segunda instancia, prevista en prácticamente todos los procesos penales, corresponde a unos tribunales de apelación, de modo que, según la competencia del órgano judicial, las apelaciones son resueltas por la Corte di Appello o la Corte di Assise di Appello (art. 596 CPI).

A la vista del precedente emanado del Comité de Derechos Humanos, parece inobjetable la necesidad de articular un sistema de recursos racional y con la máxima economía procesal. Como aconseja Vecina, lo conveniente es optimizar al máximo el sistema de recursos, para lo cual resulta imprescindible distribuir las distintas tareas entre los diferentes órganos jurisdiccionales, atendiendo siempre a los recursos con los que cuentan.¹³ Para ello parece necesario, 1.º garantizar una segunda instancia penal, que se encargue de tutelar el interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales, haciendo efectivo su derecho al recurso; y 2.º configurar una casación, en lo sustancial, como una salvaguarda de la unidad del ordenamiento jurídico, unificando la aplicación e interpretación de las normas penales.

13 VECINA SIFUENTES 2003: 161.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN. CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA DOBLE INSTANCIA

De todos los medios de impugnación, es un hecho reconocido por un sector importante de la doctrina, que el recurso de apelación es, sin duda alguna, el que mayores garantías ofrece para las partes debido, fundamentalmente, a su carácter de recurso ordinario.¹⁴ Su carácter ordinario es la sustancial diferencia con el recurso de nulidad, en tanto no necesita fundarse en causa legal y cabe, por lo tanto, aducir la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia.¹⁵

Persisten, sin embargo, dudas y recelos en torno a las bondades de la segunda instancia, por entender que no se corresponde con las notas características del sistema acusatorio que, históricamente, ha defendido la instancia única, concebida como el proceso que, con independencia de los recursos extraordinarios que puedan articularse, no está sujeto a juicio revisor a través del recurso de apelación. Todo ello en consonancia con un proceso en el que rigen los principios de libre valoración de la prueba y de oralidad, con las consabidas dificultades de reproducción del proceso.¹⁶ A lo anterior se añaden argumentos que niegan las ventajas de la apelación sobre la base, por un lado, de la lentitud y dilación que supone para el proceso, frente a la celeridad del proceso de instancia única; y, por otro, de las dificultades que suscita, en determinados ordenamientos, articular órganos judiciales intermedios, que como el caso peruano, serían creados entre las Cortes Superiores y la Corte Suprema.¹⁷

Es un hecho incuestionable que el proceso penal de instancia única tiene una duración inferior comparada con la del proceso de doble instancia.

14 GIMENO SENDRA 1988a: 152 y CALDERÓN CUADRADO 1997: 22.

15 Conviene advertir, sin embargo, que la distinción entre recurso ordinario y extraordinario no siempre se utiliza con el mismo significado. En Italia, por ejemplo, el carácter ordinario o extraordinario se pone en relación con la firmeza de la resolución que se pretende impugnar, de forma tal que recurso extraordinario será cualquier medio de impugnación de la cosa juzgada y ordinarios aquellos que se dirigen frente a sentencias definitivas, incluyendo entre ellos tanto apelación como casación. Véase CALDERÓN CUADRADO 2001: 2.

16 ARMENTA DEU 2003: 61.

17 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ 1999: 8.

Pero principios como los de celeridad y eficacia, no pueden primar sobre el valor justicia que entraña el reconocimiento de la falibilidad humana y la necesaria certeza de las resoluciones judiciales. La segunda instancia aspira, por lo tanto, a una resolución más justa.¹⁸

Como se expuso anteriormente, una de las críticas vertidas contra la segunda instancia es la merma de los principios de libre valoración de la prueba y oralidad. Si lo razonable es que el órgano judicial valore solo las pruebas practicadas en el juicio bajo el imperio del más riguroso principio de inmediación, la pregunta que se desprende, entonces, es si la vigencia del principio de inmediación evita o debe evitar en buena técnica el doble grado de jurisdicción.¹⁹

Para responder esta cuestión resulta necesario tener en cuenta factores que no son propiamente técnico-procesales, como la concepción que se mantenga del proceso penal, de modo que si se entiende como el mecanismo de tutela de la libertad del acusado, la mecánica estructural y funcional del proceso no debe ser nunca óbice para que esa libertad pueda ser entorpecida por cuestiones que pueden aparecer como formales. Cuando el acusado tiene la posibilidad de buscar un nuevo conocimiento de la causa, y cuando a ello puede añadirse la posibilidad de realizar prueba, es evidente que se sentirá más protegido y con derecho a obtener la tutela efectiva con el contenido justo y certero que impone la ley.²⁰

En estrecha relación con lo anterior y desde una perspectiva distinta, surge la duda en torno a si el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se integra la inmediación y contradicción, puede constituir un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación.²¹

Para solucionar tal interrogante es interesante apreciar la evolución de la línea doctrinal mantenida por el TC español en esta materia, progresivamente determinada por la del TEDH. Entendía el constitucional español —hasta 1997— que solo si en la apelación se practicaban nuevas pruebas,

18 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ 1999: 13.

19 CORTÉS DOMÍNGUEZ en GIMENO SENDRA *et al.* 2001: 420.

20 CORTÉS DOMÍNGUEZ en GIMENO SENDRA *et al.* 2001: 420.

21 Materia discutida en la STC del Pleno 167/2002, del 18 de septiembre.

efectivamente el juez *ad quem* estaría obligado a respetar los principios de inmediación y contradicción; de lo contrario, que el juez que conoce del recurso de apelación tenga una discrepante valoración de la prueba y llegue, por lo tanto, a una decisión distinta de la alcanzada en primera instancia no suponía vulnerar tales exigencias, pues se trataba de órganos judiciales igualmente libres para valorar la prueba, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse siempre la del tribunal superior. En lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma y la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, comprendía el TC, que el juez *ad quem* se encuentra en idéntica situación que el juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, y examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*.²²

Tal concepción, mereció las críticas de un sector de la doctrina, que consideraba que no puede afirmarse con carácter absoluto que el órgano *ad quem*,²³ que no ha presenciado por sí mismo la práctica de las pruebas en la primera instancia, esté en las mismas condiciones que el órgano *a quo*, que sí ha debido de estar presente en su práctica, por imperativos del principio de inmediación, para afrontar la tarea de llevar a cabo una nueva valoración de los resultados obtenidos con la práctica de dichos medios de prueba; toda vez que el primero habrá podido constatar por sí mismo, por ejemplo, las reacciones y comportamiento de testigos y peritos, su calma o nerviosismo ante determinadas preguntas, el estado de ánimo del acusado a la hora de efectuar sus declaraciones, etc., elementos todos ellos que se manifiestan de trascendental importancia en el instante en que debe valorarse, por ejemplo, la fiabilidad o no de un testimonio, o de un determinado informe pericial.²⁴

Bajo la influencia de la doctrina del TEDH y en lo que supone un cambio de postura, en el año 2002 el Tribunal Constitucional español²⁵ recono-

22 STC 172/1997, STC 323/1993 fundamento jurídico 4.º, que cita las SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987 y 194/1990.

23 MONTÓN REDONDO en MONTERO AROCA *et al.* 2002: T. III, 368.

24 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 436.

25 Sentencia 167/2002 de 18 de septiembre, avocada al Pleno con el objeto de rectificar la jurisprudencia anterior, modifica las exigencias de inmediación y contradicción en la segunda instancia. Este criterio ha sido posteriormente, reiterado y consolidado en las SSTC 196/2002, 197/2002, 199/2002, 200/2002 y 41/2003.

ce que la noción de proceso justo o equitativo entraña, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, y que, en fase de apelación, la exigencia de esta garantía dependerá de las peculiaridades del procedimiento y la forma como se configura la jurisdicción de apelación.²⁶

Lo anterior supuso admitir determinados presupuestos. En primer lugar, que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción no significa siempre el derecho a una audiencia pública en segunda instancia. En segundo lugar, la publicidad constituye uno de los medios para preservar la confianza en los tribunales, pero sin perder de vista que el derecho a un juicio en un plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos son igualmente valores a tener en consideración. En tercer lugar, las posiciones del acusador y del acusado son especialmente diferentes en el proceso penal por imperativo de la naturaleza de las cosas y del propio sistema jurídico vigente,²⁷ de modo que el juez de apelación en el orden penal está situado siempre en una posición diferente según sea la naturaleza absolutoria o condenatoria de la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Las premisas anteriores llevan a concluir al TC español que la ausencia o falta de vista o debates públicos en la segunda instancia podrá justificarse en las características del procedimiento de que se trate, siempre y cuando se haya celebrado en la primera instancia y se trate de una apelación limitada a cuestiones de derecho y no a las de hecho.²⁸ Distinta será la situación cuando el Tribunal de Apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho, como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado.

26 SSTEDH del 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia párrs. 24 y 27; 29 de octubre de 1991, caso Helmers contra Suecia párrs. 31 y 32; 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania, párr. 53.

27 Voto particular de Enrique Ruiz Vádllo, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la sentencia 172/1997, del 14 de octubre.

28 SSTEDH del 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers contra Suecia § 36; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Anderson contra Suecia § 27; 29 de octubre de 1991, caso Fejde contra Suecia § 31; 22 de febrero de 1991, caso Bulut contra Austria § 40 y 41; 8 de febrero de 2000, caso Cooke contra Austria § 35; 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania § 54 y 55; 8 de febrero de 2000, caso Tierce y otros contra San Marino § 94 y 95. Véase MONTÓN REDONDO en MONTERO AROCA *et al.* 2002: T. III, 368.

En esos casos, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado, que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de Apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas.²⁹ En consecuencia, la vista en la segunda instancia será necesaria cuando el núcleo de la apelación verse sobre la apreciación de la prueba, ámbito directamente afectado por los principios de inmediación y contradicción, y se trate de una sentencia condenatoria.

En este razonamiento cabe introducir un matiz. No todo medio probatorio precisa para su puesta en práctica de la presencia física del titular del órgano judicial. No será preciso, verbigracia, en la prueba documental o en los informes periciales, entendidos estos últimos en casos excepcionales como documentos.³⁰ En esos casos, de recaer la discrepancia sobre lo consignado en dicho documento, no se vulnera la inmediación porque sea valo-

29 SSTEDH del 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers contra Suecia § 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Anderson contra Suecia § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde contra Suecia § 32. En este sentido, el TEDH ha declarado más recientemente en su sentencia del 27 de junio de 2000, caso Constantinescu contra Rumania § 54 y 55, 58 y 59.

30 El TS español ha entendido que la prueba pericial puede tener excepcionalmente el carácter de documento, y por lo tanto ser materia del recurso de casación por error en la apreciación de la prueba, solo cuando: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de este permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, ante un «[...] discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico» (SSTS núm. 1266/95 del 17 de diciembre, 834/96 del 11 de noviembre, 22 de noviembre de 1996, núm. 1159/98 del 6 de octubre).

rado dicho documento por el superior. Distinta es la situación cuando se trata de las declaraciones del testigo, del acusado o del perito, que por esencia exigen inmediación y paralelamente contradicción real o potencial; en esos casos, solo podrá hacerse una nueva valoración si se cumplen tales exigencias.

Establecida la importancia que adquiere la apelación en el proceso penal, resulta necesario reconocer que cuando se habla del principio de la doble instancia, no se está haciendo referencia a un concepto unívoco, dado que, como se ha visto, el ámbito de la segunda instancia ha constituido un problema largamente debatido, que ha incidido en la concepción que de la apelación tiene cada ordenamiento. Una distinción en torno al ámbito de la apelación ha derivado en la clasificación de apelación plena y apelación limitada, con importantes repercusiones en la nueva fase procesal promovida por la apelación.³¹

1. Apelación plena

En el sistema pleno, la nueva fase es entendida como una continuación del primer proceso (*novum iudicium*), en el que existirá un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto. 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.

En cuanto al material probatorio que puede ser admitido en la segunda fase, no existe prácticamente ningún tipo de limitación, en tanto permite hasta tres modalidades del *ius novarum*:³² a) Los materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en la primera instancia (*nova producta*); b) Los materiales anteriores a la finalización de la etapa que no pudieron utilizarse por tomar la parte conoci-

31 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 409 y VECINA SIFUENTES 2003: 110.

32 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 412.

miento de los mismos con posterioridad (*nova reperta*); y c) Los materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso (*nova allegata*).

Esta inexistencia de límites en la admisión de hechos y pruebas no significa que no se establezcan pautas de preclusión y tampoco supone dejar abierta la posibilidad a introducir nuevas pretensiones que no fueran materia de petición en la primera instancia.

Pese a tal aclaración, es evidente que la apelación plena facilita que las partes, sabedoras de la amplitud de la apelación y de la indeterminación del objeto procesal en la primera instancia, reserven medios de ataque o defensa para la segunda instancia, con las consiguientes dilaciones y costes, y con el riesgo de que el debate sobre el fondo del asunto tenga lugar, recién, en la segunda instancia.³³

2. Apelación limitada

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. Como entiende Garberí, el modelo limitado en su estado más depurado, no enjuicia el fondo de la relación material discutida con el fin de proveer una segunda respuesta judicial sobre el conflicto, sino, únicamente, controla la legalidad o no de la resolución apelada, de modo que si el juez entiende que dicha sentencia no es conforme a derecho, solo podrá anularla sin tener la posibilidad de juzgar nuevamente el fondo del asunto.

En la apelación limitada, 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 suma, todo el debate se circunscribe a la resuelta relación material. 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, debió haber dictado otra y más acertada sentencia.³⁴

33 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 417.

34 PRIETO-CASTRO 1964: 375.

Lo anterior significa que ambos órganos judiciales se enfrentan a la decisión de las respectivas instancias en una situación homogénea, en tanto no se altera la correlación existente entre pretensiones y material instructorio.³⁵

Tras el resumen de los rasgos característicos de estos dos modelos de apelación y aun cuando uno de los principios rectores del sistema limitado sea el de la imposibilidad de introducir en la segunda instancia nuevas pruebas, lo cierto es que los ordenamientos de los distintos Estados se han inclinado por el sistema limitado con matices, en tanto admiten, de una parte, el *ius novorum* en casos excepcionales y tasados y, de otra, la formulación de un nuevo juicio. La aportación del nuevo material instructorio está exclusivamente prevista para los casos en que haya surgido con posterioridad al momento preclusivo de las alegaciones en primera instancia.

3. El modelo de apelación propuesto para el ordenamiento peruano

Es un hecho que para conseguir la plena vigencia de la garantía de la doble instancia en materia penal no basta con el reconocimiento formal del derecho a interponer el recurso de apelación, siendo necesario también eliminar todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tal como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición. Como correlato de lo anterior, toda persona tendrá derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, del texto íntegro de la resolución a efectos de la posible apelación, y de que estas cumplan con el deber de motivación, de modo que con exactitud y claridad, se expongan las razones por las cuales se adopta la decisión y se valoran unas pruebas sobre otras.³⁶

En relación con la brevedad del plazo para interponer los recursos, es necesario resaltar que el de nulidad, además de su configuración extraordinaria, constituye sin duda alguna un obstáculo para la segunda instancia, en la medida que concede un plazo máximo para ser interpuesto que es de solo un día.

35 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 412.

36 HUERTA GUERRERO y AGUILAR CARDOSO 2001.

Vistos los modelos de apelación y sus matices, podría decirse que el diseño de la apelación que contempla el CdePP 1940, tras las sucesivas reformas, consagra la apelación limitada, con la posibilidad de aportar en la segunda instancia solo prueba documental,³⁷ a la que se suma la facultad de dictar un nuevo fallo.

Del análisis del modelo de apelación peruano se aprecia la necesidad de modificar y ampliar la restringida posibilidad de aportar elementos de prueba. Aun cuando lo conveniente sea obligar a las partes a introducir los hechos en la primera instancia,³⁸ también se presenta como saludable introducir la actividad probatoria en escasos y limitados supuestos del *ius novorum*, de modo tal que se asegure la vigencia de los principios de preclusión y concentración en la primera instancia. Esta excepcional actividad probatoria estaría restringida a los supuestos de error en la valoración de la prueba, y solo en relación con determinadas pruebas: declaración de acusado, víctima y testigos. Adicionalmente, podrían contemplarse supuestos concretos en los que cabría la práctica de diligencias de prueba, de igual modo que sucede en el marco de la apelación en el proceso civil (arts. 374 CPC). Cabría acreditar en vía de recurso aquellos hechos posteriores al acaecimiento de la etapa de postulación a aquellos que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad. Siempre, sin embargo, se tratará de alegaciones fácticas vinculadas directamente con el objeto procesal.

Con esta excepcional fase probatoria, como se ha expresado anteriormente, no se atenta contra el principio de economía procesal, por el contrario, se consigue actualizar el estado de la discusión y asegurar la correspondencia entre la decisión judicial y la realidad extraprocesal.³⁹

Ahora bien, en caso que resultase imposible articular la práctica de diligencias de prueba en la segunda instancia, puede barajarse la alternativa de recurrir a las grabaciones de las vistas orales y de las pruebas practicadas ante el órgano que enjuicia, destinada a que los jueces de apelación puedan reproducir la prueba y valorar como una primera instancia, garantizando la

37 SAN MARTÍN CASTRO 2000: T. II, 703.

38 GIMENO SENDRA 1988a: 152.

39 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 423.

reproducción del juicio oral ante el órgano *ad quem*. Este es el modelo que desde enero de 2001 ha implantado España en el proceso civil, en los que las audiencias provinciales que resuelven las apelaciones tienen como parte del expediente un video que reproduce toda la vista, que es consultado por los magistrados de la segunda instancia.

Debe advertirse que esta solución resulta costosa y presenta dificultades en términos de operatividad, en la medida que requiere, de un lado, la existencia de medios materiales y personales suficientes para protocolizar en video todas las vistas orales que se celebren diariamente en el Perú y, de otro, la disponibilidad del tiempo para poder presenciar la repetición del juicio en todos y cada uno de los recursos en los que se invoque el error en la apreciación de la prueba.

Otra cuestión importante del recurso de apelación reside en la conveniencia de exigir que los recurrentes fundamenten el recurso de apelación y, dentro de ello, la necesidad o no de alegar determinados motivos. Como es sabido, la apelación clásica permite renovar el juicio jurisdiccional sin tener para ello el recurrente que aducir motivo de impugnación alguno, bastando con solicitarlo en tiempo y forma por el solo hecho de haber sido agraviado por la resolución judicial recurrida,⁴⁰ con la posibilidad de esgrimir cualesquiera motivos de oposición, tanto de índole formal, como de naturaleza material, tanto los relativos a los vicios *in iudicando*, como los que se refieran a defectos *in procedendo*.

A la vista de todo lo estudiado hasta este punto no parece razonable restringir la apelación a la concurrencia de determinados motivos, con el fin de limitar las causas susceptibles de fundamentar el recurso. Como precisa Garberí, si es consustancial al recurso de apelación la inexistencia de motivos concretos y tasados de impugnación, habrá de concluirse que un medio impugnatorio que restrinja las posibilidades de revisión íntegra de la sentencia recurrida podrá, como es evidente, ser denominado recurso de apelación por el legislador, pero el uso de tal denominación, no solo traicionará el origen histórico del instituto, sino también una de las convenciones jurídicas más arraigadas en el derecho procesal penal.⁴¹

40 VECINA SIFUENTES 2003: 158.

41 GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 408.

Según tal razonamiento y aun cuando en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se establecen tres motivos para interponer el recurso de apelación, lo cierto es que sigue siendo concebido como un recurso de apelación sin ningún tipo de restricciones. Dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en su art. 795.2, que en el escrito de formalización del recurso de apelación se expondrán las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de la prueba o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación. En la interpretación de dichos preceptos, doctrina⁴² y jurisprudencia han entendido que, del tenor de los enunciados en que se expresa la norma y su extrema amplitud, no puede sino concluirse en que dichos tres motivos resumen la totalidad de los posibles defectos o vicios jurídicos en que pueda haber incurrido el órgano judicial *a quo*. Por tal razón, dicha norma no ha sido interpretada como una restricción del recurso de apelación, sino como una invocación al justiciable que recurre en orden a que la fundamentación del recurso responda a criterios de rigor, sistemática y claridad expositiva.

Esta técnica legislativa sería conveniente introducirla en el ordenamiento peruano, donde las dilaciones y demoras en la administración de justicia constituyen un problema infranqueable, articulando de ese modo mecanismos que resulten aleccionadores y contengan un efecto pedagógico en los litigantes. Lo deseable, en cualquier caso, es que la parte apelante determine el extremo de la sentencia que le provoca el perjuicio, a la que se circunscribirá la decisión del Tribunal. En ese sentido, el Código italiano de 1988 contiene una disposición (art. 597) que precisa que el recurso de apelación atribuye al juez de segundo grado el conocimiento del procedimiento, pero limitado a los puntos de la decisión a los cuales se refiere la impugnación.

Para concluir con este punto, es justo reconocer que la segunda instancia generalizada supone un factor de dilación, como lo viene siendo en el ordenamiento italiano. Según las cifras proporcionadas por el Ministerio de Gracia y Justicia, la situación se agudiza a partir de la entrada en vigor del *Codice di Procedure Penale* en 1990. Si los procesos ante los juzgados tar-

42 MORENO CATENA (Dir.) 2000: T. V, 3292 y GARBERÍ LLOBREGAT en GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT y CONDE-PUMPIDO 2000: T. 6, 407.

daban 94 días en 1990, en 1997 pasan a 185; ante los tribunales era estimada la duración en 124 días, que luego pasó en 1997 a 345; y la Corte de Apelación, de los 266 días que tardaba en resolver, pasó a 573 en el año 1997. Todo lo anterior ha supuesto también el incremento importante del número de las prescripciones de los delitos y las faltas.

Todas estas cifras pretendieron avalar una reforma de la segunda instancia en el proceso penal italiano, en concreto del art. 593, con el fin de limitar la apelación a solo tres supuestos. Dicha propuesta no prosperó, entre otras razones, por la vulneración del PIDCP que hubiese supuesto, de modo que la regulación se mantiene y no se exige la concurrencia de ningún motivo para interponer el recurso de apelación en el ordenamiento italiano.

Un dato que debe tenerse en cuenta, cuando de las dilaciones se habla, es su utilización como argumento para restringir o reducir las garantías del justiciable en el proceso penal, con lo cual pretende desviarse el problema de las dilaciones de su verdadera causa: el deficitario número de jueces, que en el caso peruano se suma a la escasez de material e infraestructura. En mi opinión son estos los agentes provocadores de la dilación, a los que el Estado debe hacer frente de una vez. De *lege ferenda* sería pues necesario crear una instancia intermedia entre las Cortes Superiores y la Corte Suprema que se encargue de la resolución de los recursos de apelación en los procedimientos ordinarios.

V. LA CASACIÓN

Los antecedentes históricos del recurso de casación se remontan a la Francia revolucionaria de 1790, donde el *Tribunail de Cassation* tenía un sentido político: controlar la actividad de los órganos jurisdiccionales e impedir que superen los límites señalados en cada caso por la ley.⁴³ Recuérdese que en dicho contexto histórico la preeminencia del poder legislativo sobre el judicial era un dogma fundamental.

En sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales, a

43 Sobre el origen y evolución del recurso de casación francés véase el riguroso trabajo de VECINA SIFUENTES 2003.

efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera policía jurídica depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico, de ahí su naturaleza de recurso extraordinario.⁴⁴

Actualmente, las sociedades modernas afrontan nuevas dificultades organizativas que surgen de la complejidad de las mismas normas e incluso de la desidia e incapacidad de los poderes públicos para lograr su pronta acomodación a los cambios, a los usos y a las necesidades del tráfico. La insuficiencia de la legislación y, en algunos casos, de la actividad legislativa ha provocado que los tribunales adopten un mayor protagonismo en la actuación del derecho. Este protagonismo se traduce en la asunción de la misión de acomodar la interpretación del derecho a los cambios sociales y económicos. Como correlato de lo anterior, al atribuirse a la Jurisdicción la tarea de búsqueda de la solución más justa, debe admitirse la posibilidad de que un tribunal concreto disienta de las soluciones alcanzadas por otros, con la sensación de incertidumbre jurídica que ello conlleva.⁴⁵

A solucionar tal problema debe dedicarse la casación. Como destaca Gimeno, la función de los Tribunales Supremos a través de la casación debe reconducirse —si de los Estados de derecho hablamos— a la interpretación uniforme del derecho material y procesal y del principio de igualdad.⁴⁶

Este objetivo parece haber inspirado al orden jurisdiccional civil peruano. Concretamente, el Código Procesal Civil peruano define la casación como el recurso que tiene por «[...] fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia». Por su parte, en el orden penal no existe una norma que defina o regule la casación, solo la Constitución peruana de 1993 se refiere a ella para atribuir competencias a la Corte Suprema, que en la práctica no ejerce.

Siguiendo a Vecina, si se parte de los postulados propios del Estado Constitucional de derecho y se tienen en cuenta las prescripciones que deri-

44 Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 437/2001 (Sala de lo Penal), del 22 de marzo.

45 LÓPEZ SÁNCHEZ 2002: 34.

46 GIMENO SENDRA 1988b: 1741.

van de la Constitución peruana, la casación debe encomendarse a la Corte Suprema con el fin de uniformizar la jurisprudencia, como garantía del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley y de los valores de certeza y seguridad jurídica (arts. 2.2 y 24.d Const. 1993).

Lamentablemente, no es esta la función encomendada a la Sala penal de la Corte Suprema peruana, cuya sobrecarga actual de trabajo responde a la función de segunda instancia que desempeña. En efecto, conoce de las sentencias dictadas por las Cortes Superiores, gracias a la existencia de un recurso de nulidad que, en puridad, ha terminado operando como un recurso ordinario que introduce una modalidad restringida de apelación,⁴⁷ atribuyendo en consecuencia al más alto Tribunal la función de conocer de un recurso ordinario.

A la vista del exceso de trabajo de la Sala penal de la Corte Suprema y de la desnaturalización de su función, bastante lejos del papel uniformador, resulta patente la necesidad de ordenar el sistema de recursos, siempre bajo una perspectiva constitucional. El sistema idóneo de recursos, en un Estado de derecho, es que la casación descanse sobre el recurso de apelación.

En el epígrafe anterior se ha planteado la generalización de la apelación y la atribución del control de la legalidad y justicia de la decisión a la segunda instancia penal, que comporta una descarga de trabajo de la Sala penal de la Corte Suprema peruana, que deberá reconducir sus labores a la de un órgano de casación.

La principal función de la Corte Suprema, en el orden penal, debe ser la de asegurar la vigencia del principio de igualdad⁴⁸ consagrado en la Constitución, de tal suerte que, a través de unificación y perfeccionamiento del derecho, todo ciudadano peruano tenga la certeza y la seguridad de que la norma material y procesal que se le aplica será también aplicada por igual en todas y cada una de las Cortes Superiores. Esta posición institucional que se reconoce a la Corte Suprema al resolver, cuando sea preciso, las divergencias interpretativas entre los órganos jurisdiccionales de instancia, cobra especial relevancia a la luz del principio de determinación de la Ley Penal. Pensemos en el riesgo existente en una manifiesta divergencia inter-

47 SAN MARTÍN CASTRO 2000: T. II, 745.

48 GARBERÍ y GONZÁLEZ-CUÉLLAR 1994: 174.

pretativa respecto a un determinado tipo penal, que termina por afectar tal principio y mantener al ciudadano en una situación de incertidumbre.

Esta necesaria unidad en la interpretación del derecho penal debe, sin embargo, mantenerse al margen de postulados formalistas que entiendan que interpretar la ley consiste en identificar el significado objetivo de la norma y que el juez no tiene otra misión que declarar ese significado.⁴⁹ El formalismo interpretativo —afortunadamente superado— concebía que toda norma tiene siempre un único significado correcto, que lleva a afirmar que la interpretación conforme a la ley solo es una.⁵⁰

En opinión de Vecina, si se reconoce la necesidad de la pluralidad de órganos y se comparte la idea de que el Derecho no ofrece siempre una y solo una solución correcta del caso concreto, siendo normalmente varias — y todas legítimas— las interpretaciones posibles de una norma, deberá concluirse forzosamente que la uniformidad y la consiguiente garantía de certeza y de seguridad jurídica no poseen un carácter absoluto, sino más bien *tendencial y espacial*.⁵¹ Se trataría de un ideal al que, como una exigencia de justicia, debería tender el ordenamiento, y en cuyo logro deberían colaborar todos y cada uno de los intérpretes y aplicadores del Derecho.⁵²

Otro aspecto de la función uniformadora relevante es su ámbito de ejercicio. No puede desconocerse que no se ejercita en un plano abstracto, sino en función de un conflicto determinado intersubjetivo o social que le es planteado al Tribunal mediante la interposición, por la parte interesada, de un instrumento procesal cual es el recurso de casación. El Tribunal, partiendo de los motivos alegados por la parte, interpreta la norma con el fin de formar un precedente que pueda servir de guía para la resolución de futuros casos similares.⁵³ No es cierto que la interpretación de la norma a partir del caso concreto debilite la función uniformadora, pues la calificación de un hecho evidentemente supone que se encuentre comprendida en su previsión normativa, lo que precisamente significa que está detallando el contenido de la norma, que servirá en las decisiones que en lo sucesivo adopten los jueces. Tal y como afirma la doctrina italiana, para hacer buenos preceden-

49 VECINA SIFUENTES 2003: 126-127.

50 CALAMANDREI 1959: 108.

51 CIANCI 1988: 448.

52 VECINA SIFUENTES 2003: 136; GASCÓN ABELLÁN 1993: 55.

53 VECINA SIFUENTES 2003: 54.

tes es necesario establecer qué hechos individualizadores deben ser subsumidos, con el objetivo de evitar precedentes que no puedan funcionar como tales por su excesiva especificidad, pero también precedentes que por no haber considerado la justa cantidad de elementos individualizadores ocultan las divergencias interpretativas.⁵⁴

Desde esta perspectiva y para concluir, podría pensarse, como propone Vecina, en diseñar un recurso de casación que fuera admisible contra todas las resoluciones definitivas de segunda instancia, pero solo cuando en ellas se haya cometido una infracción de ley que genere en el sistema una contradicción jurisprudencial, ya sea por haberse apartado la resolución recurrida del criterio interpretativo mantenido por la Corte Suprema, ya por apartarse del sostenido por otras Cortes Superiores o Tribunales de apelación.⁵⁵ Solo habría, por lo tanto, un motivo de casación: la infracción de ley, material o procesal, causante de desigualdad. Ello significa que las resoluciones recurribles en casación serán aquellas que infrinjan la ley, tal y como esta ha sido interpretada por la sala penal de la Corte Suprema, por las Salas penales de las Cortes Superiores y por los órganos judiciales de apelación.

Si el objetivo es que la casación sea un recurso extraordinario y no una tercera instancia, habrá que establecer legalmente los requisitos para interponerlo de forma clara y precisa, de modo que ni los recurrentes se vean tentados por una tercera instancia ni la Sala penal posea un amplio margen de discrecionalidad en la fase de admisión del recurso, con el que pueda restringir o desbordar el acceso al recurso. Sí debe concederse a la Sala penal un amplio margen de actuación al interpretar el recurso, en la forma que más favorezca el derecho de los justiciables a obtener una aplicación igualitaria del derecho penal y procesal penal. En la fase de admisión, el requisito que deberán alcanzar las partes será *demostrar la similitud* entre el supuesto de la sentencia recurrida y el de la que se propone de contraste; en suma, demostrar la existencia de sentencias encontradas.

54 BORRE 1991.

55 VECINA SIFUENTES 2003: 164.