



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME
FORTINI EN EL QUE OPINA QUE DEBE DECLARARSE
FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA POR HABERSE
VULNERADO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
PLURALIDAD DE INSTANCIAS**

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, considero que debe declararse FUNDADA en parte la demanda, por haberse vulnerado el derecho fundamental a la pluralidad de instancias.

A mi juicio la aplicación del apercibimiento contenido en el numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, dispositivo legal que dispone declarar inadmisibles los recursos de apelación si el recurrente no acude a la denominada “audiencia de apelación” a pesar de haber interpuesto oportunamente su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, no solo es inconstitucional sino también inconvencional, por contradecir abiertamente los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha delineado el contenido convencionalmente protegido del derecho fundamental a la pluralidad de instancias.

La fundamentación del presente voto singular la realizo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El derecho fundamental a la pluralidad de instancias
2. Análisis del caso
3. El sentido de mi voto

1. El derecho fundamental a la pluralidad de instancias

- 1.1. El derecho fundamental a la pluralidad de instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución, constituye uno de los pilares en los que se cimenta el Estado Constitucional peruano, respetuoso de la primacía normativa de la Constitución y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, que considera a la persona humana como un valor supremo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

anterior y superior al propio Estado y que, por tanto, condiciona todo el accionar de la Administración Pública.

- 1.2. Tal derecho fundamental ha sido consagrado en instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano que, por consiguiente, forman parte del Derecho interno; tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8, inciso 2, literal h) establece literalmente que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) derechos de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, inciso 5 contempla expresamente 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”.
- 1.3. Esto último, desde ya adelanto, no implica vaciar completamente de contenido el referido derecho constitucional por vía legislativa, estipulando requisitos irrazonables que, de no ser cumplidos, finalmente impedirían un pronunciamiento de fondo por parte de la instancia de revisión. A este respecto, la propia Corte IDH ha señalado que “Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo (...) no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (cfr. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161).
- 1.4. Asimismo, tal Corte ha hecho suyo el criterio del Comité de Derechos Humanos establecido en los casos M. Sineiro Fernández c. España (1007/2001), dictamen del 7 de agosto de 2003, párrafos 7 y 8; y Gómez Vásquez c. España (701/1996), dictamen del 20 de julio de 2000, párrafo 11.1 m, en el sentido que “(...) la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación (...),



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la propia pena, en violación del párrafo 5 del Pacto.” (cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 166).

- 1.5. No solo eso, la Corte IDH ha afirmado en otros de sus casos que en tanto las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, “(...) el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respeto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado” (cfr. Caso Mohamed vs. Argentina, sentencia del 23 de noviembre de 2012, párrafo 92). Es decir, como quiera que una sentencia condenatoria refleja en su cabal dimensión el poder punitivo del Estado, debe tenerse un mayor celo al protegerse los derechos procesales de aquel que es condenado en un proceso, lo que implica garantizar escrupulosamente la revisión del fallo condenatorio a través del respectivo pronunciamiento del superior jerárquico.
- 1.6. Enfatizo en este punto, que constituye un imperativo para los operadores de justicia el interpretar los derechos conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia supranacional dictada al respecto, según lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, que a la letra preceptúa “Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”; y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que expresamente dispone: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

- 1.7. Vale decir, que el Estado peruano, al aplicar el Derecho a través de sus órganos de justicia, se encuentra obligado a interpretarlo de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de las cortes internacionales correspondientes. Esto no es otra cosa que el sometimiento del Estado peruano al Derecho Convencional, en tanto parte suscriptora de tratados internacionales sobre Derechos Humanos y, por tanto, respetuosa de los mismos y de las decisiones de los tribunales internacionales que trazan el contenido protegido de tales derechos.
- 1.8. A nivel interno, y en armonía con los convenios internacionales antes referidos, debo añadir que el Tribunal Constitucional en reiterada, abundante y uniforme jurisprudencia, ha sostenido que el derecho fundamental a la pluralidad de instancia forma parte inherente del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución (cfr. SSTC 1243-2008-PHC/TC, fundamento 2; 5019-2009-PHC/TC, fundamento 2; 2596-2010-PA/TC, fundamento 4; entre otras); y, en relación a su contenido, ha establecido que se trata de un derecho fundamental que “(...) tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (cfr. RRTC 3261-2005-PA, fundamento 3; 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51). En ese orden, debe advertirse que el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14 de la misma Carta Fundamental.
- 1.9. Sentado esto, agrego que si bien el Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a la pluralidad es uno de configuración



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

legal (cfr. SSTC 5194-2005-PA/TC, fundamento 4; 10490-2006-PA/TC, fundamento 11; 6476-2008-PA/TC, fundamento 7), recalco que esto no significa, en modo alguno, que el legislador ordinario, al regular los requisitos para su ejercicio, lo deje sin contenido o lo limite irrazonablemente, contraviniendo así la voluntad del legislador constituyente, titular de la voluntad originaria, suprema y soberana. Se trata entonces de verificar en cada caso si lo regulado se encuentra dentro del marco de lo “constitucionalmente posible”, o si, por el contrario, lo previsto legalmente resulta arbitrario en todos los sentidos interpretativos, en cuyo caso corresponde a la justicia constitucional utilizar los mecanismos correctivos necesarios para restablecer el pleno goce del derecho fundamental afectado.

2. Análisis del caso

- 2.1 En el presente caso, el recurrente cuestiona la Resolución 5, de fecha 16 de julio de 2017, que declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que lo condenó a seis años y seis meses de pena privativa de la libertad, por la comisión del delito de actos contra el pudor de menor de edad
- 2.2 En puridad, se cuestiona la denegatoria del medio impugnatorio de apelación del actor, al haberse aplicado el apercibimiento contenido en el inciso 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, por no acudir ni él ni su abogado a la denominada “audiencia de apelación”.
- 2.3 El precitado artículo 423 del Código Procesal Penal, referido al trámite de apelación de las sentencias, prevé lo siguiente:

“Artículo 423 Emplazamiento para la audiencia de apelación.-

1. *Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

2. *Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.*
 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.*
 4. *Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.*
 5. *Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,*
 6. *Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.”*
- 2.4 Como se aprecia, el Código Procesal Penal ha creado la figura procesal de la “audiencia de apelación”, diligencia procesal que se realiza en segunda instancia, con posterioridad a la apelación de sentencia y en la que se da a las partes la oportunidad para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta o para ratificar los motivos de la apelación; se actúan las pruebas admitidas; se da lectura a los informes periciales; se exponen los alegatos; entre otros.
- 2.5 En caso el recurrente no acuda a tal diligencia, sea el acusado u otra parte, el numeral 3 del artículo 423 citado contiene un apercibimiento según el cual, ante tal hecho, será declarado inadmisile el recurso de apelación interpuesto. Es decir, el referido numeral regula un potencial rechazo del recurso de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

apelación interpuesto y concedido en la instancia inferior, que se hace efectivo ante la inconcurrencia injustificada del apelante a la denominada audiencia de apelación.

- 2.6 Como está dicho, el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia está reconocido expresamente en el artículo 139, inciso 6), de la Constitución. A ello debe añadirse que, a criterio del Tribunal Constitucional, pertenece *prima facie* al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:

- “a) La sentencia que le imponga una condena penal.
- b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.
- c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.” (Cfr. STC 4235-2010-PHC/TC)

En tal virtud, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone, para su validez, el que se respete el contenido constitucionalmente protegido del derecho de que se trate; es decir, que no se desnaturalice el referido derecho objeto de desarrollo.

- 2.7 Queda claro entonces que el legislador en su labor legislativa queda prohibido de afectar el contenido constitucionalmente protegido del derecho sobre el que pretende alguna regulación, adoleciendo de vicio de inconstitucionalidad toda limitación o todo condicionamiento a su cabal y pleno ejercicio. Al respecto, es censurable que bajo el argumento de la “configuración legal del derecho fundamental”, lo que en el fondo se hace es vaciar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

de contenido la norma constitucional y limitar el ejercicio del derecho constitucional que la misma Constitución consagra sin condicionamiento ni limitación alguna. Más aun tratándose de derechos recogidos por la normativa supranacional y, específicamente, la Convención Americana de Derechos Humanos.

- 2.8 En ese orden de ideas y conforme lo he señalado con anterioridad (cfr. FV de la STC 07683-2013-PHC/TC, entre otros), considero que el exigir la presencia física del imputado en la audiencia de apelación de sentencia, como lo dispone el numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal, bajo apercibimiento de declararse inadmisibles el medio impugnatorio interpuesto, resulta una medida irrazonable y desproporcionada, que contraviene el contenido constitucional y convencionalmente protegido del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, pues la aplicación de un apercibimiento que impide la obtención de un pronunciamiento del superior jerárquico no garantiza de ninguna manera el pleno goce de este derecho; hecho que es más grave aún si se tiene en cuenta que nos encontramos en procesos penales en los que se deslindan responsabilidades respecto de conductas tipificadas como delitos, que finalmente pueden conllevar a una pena privativa de la libertad de la persona procesada. Es precisamente en estos casos, en los que, repito, se observa a cabalidad el poder punitivo del Estado, que se deben brindar mayores garantías a los justiciables y no entorpecer el proceso con requisitos legales que resultan inoficiosos, insustanciales y contraproducentes, como el previsto en el citado numeral 3 del artículo 423 del Código Procesal Penal; numeral que, a la luz de todo lo expresado, resulta no solo inconstitucional sino inconvencional por entrar en abierta contravención de los tratados internacionales antes descritos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que también ha sido citada.
- 2.9 Así las cosas, corresponde declarar nula la resolución judicial cuestionada por el recurrente; y, como consecuencia de esto, debe reprogramarse la audiencia de apelación de sentencia en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04761-2017-PHC/TC
MOQUEGUA
LUIS ENRIQUE PALOMINO
FLOR, REPRESENTADO POR
LINO CAYA COAGUILA –
ABOGADO

una fecha próxima y, sin perjuicio de que acuda o no el recurrente a tal audiencia, emitirse la correspondiente sentencia de segunda instancia.

3. El sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare FUNDADA en parte la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho constitucional a la pluralidad de instancias; NULA la Resolución 5 de fecha 16 de julio de 2017; y, en consecuencia, SE ORDENE remitir los actuados del proceso penal al superior jerárquico para que emita el pronunciamiento correspondiente.

Lima, 14 de julio de 2021

S.

BLUME FORTINI