

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1919-2019/CUSCO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Principio de inmediación, Fiscal y juicio de apelación

Sumilla: **1.** El artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal fija como criterio rector de la regulación de la audiencia de apelación de sentencia, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia. En tal virtud, el juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los Jueces, el Fiscal y de las demás partes. Instalado el juicio y seguido en sesiones continuas e ininterrumpidas, si el Fiscal, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas, se le excluirá del juicio y se requerirá al Fiscal jerárquicamente superior en grado designe a su reemplazo. Así lo dispone el artículo 359, apartados 1 y 6, del Código Procesal Penal. **2.** Una cosa es la regulación de la instalación de la audiencia y sus pautas para la necesaria presencia de las partes necesarias, cuyo incumplimiento desde la preponderancia del principio de oralidad ocasiona la inadmisibilidad para el recurrente inconcurrente injustificado (ex artículo 423, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal; y, otra es la instalación de las sucesivas sesiones del juicio, en la que se mantiene la regla de la concurrencia obligatoria (con la posible inconcurrencia limitada y autorizada del acusado en las condiciones previstas en el artículo 359 numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal), para lo cual el propio Código estipula consecuencias y procedimientos distintos en caso de inconcurrencia (ex artículo 359, apartados 4 al 7, del Código Procesal Penal). **3.** Ante una inconcurrencia injustificada del Fiscal a las sesiones subsiguientes cabe aplicar el artículo 359, apartado 6, del Código Procesal Penal, por lo que se debía dejar constancia de la inconcurrencia y señalar otra sesión y si en esa ocasión no concurre se le excluirá del juicio, sin perjuicio de su reemplazo a cargo del Fiscal Superior en grado. Los apercibimientos no solo han de ser expresos sino legales, es ineficaz un apremio o un efecto o consecuencia jurídica procesal no prevista por la ley.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, trece de septiembre de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por infracción de precepto procesal, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DEL CUSCO contra la sentencia de vista de fojas setecientos setenta y nueve, de dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos diecisiete, de dos de febrero de dos mil diecinueve, absolvió a Miguel Ángel Daza Navarrete, Dionisio Raúl Delgado Sánchez, Robert Zarsanaula Olivera, Félix Espinoza Baca, Ernesto Delgado Sánchez y Ruth Yenni Quispe Llocle de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de peculado doloso en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la presente causa en sede de apelación fue asignada a la fiscal adjunta superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Cusco, quien asistió desde un inicio, de manera continuada e ininterrumpida, a las sesiones de la audiencia de apelación. Sin embargo, el tres de septiembre de dos mil diecinueve, la aludida, por motivos imprecisos sobre su licencia, no habría asistido a la sesión de la audiencia programada, en la que debían realizarse los alegatos o conclusiones finales. La Sala Penal de Apelaciones profirió el auto de fojas setecientos cincuenta y cuatro, de tres de septiembre de dos mil diecinueve, que declaró inadmisibles el recurso de apelación del Ministerio Público, basándose en el artículo 423, numeral 3, del Código Procesal Penal (inadmisibilidad del recurso por incomparecencia). Por tanto, continuó la sesión de la audiencia, únicamente respecto del recurso de apelación del actor civil, el procurador público anticorrupción del Cusco.

SEGUNDO. Que respecto al trámite de la causa se tiene lo siguiente:

1. El Cuarto Juzgado Unipersonal del Cusco emitió la sentencia absolutoria de primera instancia de fojas seiscientos diecisiete, de dos de febrero de dos mil diecinueve, la misma que fue apelada por el fiscal provincial penal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco por escrito de fojas seiscientos ochenta y ocho, de diecinueve de marzo de dos mil diecinueve.
2. En el curso de la audiencia de apelación, el Tribunal Superior profirió el auto de fojas setecientos cincuenta y cuatro (Resolución número setenta), de tres de septiembre de dos mil diecinueve, que declaró inadmisibles el recurso de apelación del Ministerio Público. Consideró lo siguiente:
 - A. La Fiscal Adjunta Superior no concurrió a la sesión de la audiencia de apelación para cumplir con el período final de la misma: alegatos de cierre y derecho a la última palabra de los acusados. En dicha sesión la asistente judicial de audio informó que de la revisión del sistema no existe ningún pedido de la Fiscalía y que se acaba de comunicar con la Fiscal Rocío Zevallos Huayhua (fiscal adjunta superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Cusco), quien le comunicó que está con licencia, así como que se está tratando de comunicar con el doctor Luis Paredes, pero no le responde. La mencionada asistente judicial expresó que se contactó con el fiscal Luis Paredes, quien señaló que a él no le designaron esta causa. Asimismo, el asistente fiscal le informó que la fiscal Rocío Zevallos Huayhua no tiene licencia y que es ella quien debería estar en audiencia.
 - B. Advertida por la Sala Superior la incomparecencia de la fiscal adjunta superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Cusco y escuchados los informes de la asistente judicial de audio, se precisó que la audiencia se viene desarrollando en varias sesiones continuas en las que al suspender las mismas se hace la recomendación

de que los apercibimientos en caso de inconcurrencia subsisten mientras no sea el estado de emitir la sentencia de vista.

- C. El artículo 423, numeral 3, del Código Procesal Penal, establece que si el fiscal no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación se declarará inadmisibles sus recursos. En este caso el fiscal es parte recurrente.
- D. No se tiene noticia de que Rocío Zevallos Huayhua, fiscal adjunta superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Cusco, tenga licencia o haya sido reemplazada por otro fiscal. No asistió ningún representante del Ministerio Público y no consta ningún escrito de justificación.
- E. En tal virtud, se declaró inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público, así como consentida la sentencia de primera instancia para la Fiscalía y se dispuso la continuación de la sesión de audiencia en relación a la impugnación de la Procuraduría Pública del Estado.

3. Tras esa resolución la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones del Cusco (titular del Despacho Fiscal) se hizo presente a la sesión de audiencia y comunicó que la fiscal adjunta superior pidió vacaciones y que éstas se le suspendieron en relación al presente caso. Por ello requirió la nulidad del auto que declaró inadmisibles los recursos de apelación del Ministerio Público, pues existe voluntad impugnatoria (el Ministerio Público presentó alegatos iniciales y participó en sesiones de la audiencia de apelación), de suerte que en esta sesión de alegatos de cierre, al estar presente la fiscal superior no existe inconcurrencia, sino una tardanza.

4. La Sala Penal de Apelaciones por auto de fojas ochocientos treinta y siete (Resolución número setenta y uno), de la misma fecha, tres de septiembre de dos mil diecinueve, declaró improcedente el pedido de nulidad. Atendió que ya que existía apercibimiento de declararse inadmisibles los recursos de apelación en caso de inconcurrencia de la parte apelante; apercibimiento que subsistió en todas las sesiones; este se notificó a la fiscal adjunta superior, quien no se hizo presente ni justificó su inasistencia e incluso se solicitó informes sobre su inconcurrencia, que le informaron que dicha fiscal seguía a cargo de este caso y que se esperó doce minutos a la mencionada fiscal; por lo que se aplicó el artículo 423, numeral 3, del Código Procesal Penal. Agregó que contra la decisión adoptada en audiencia solo procede el recurso de reposición y que la nulidad absoluta solo está prevista para supuestos expresamente regulados; que uno de los principios en materia procesal es el de preclusividad, de modo que la nulidad planteada no tiene amparo legal.

5. Contra esta resolución la señora Fiscal Superior interpuso recurso de reposición, bajo el argumento que los apercibimientos eran para la inconcurrencia, no para la tardanza. La Sala Penal de Apelaciones declaró infundado el recurso de reposición de fojas setecientos cincuenta y seis (Resolución número setenta y dos), de tres de septiembre de dos mil diecinueve, en atención al principio de preclusividad, dado que al momento

en que se declaró inadmisibile el recurso de apelación del Ministerio Público, la Fiscal Adjunta Superior a cargo del caso no estaba presente (inconcurrencia sin justificación alguna), por lo que se hicieron efectivos los apercibimientos previos. Puntualizó que la nulidad formulada por la fiscal superior (titular del Despacho Fiscal) no tiene amparo legal, al igual que el recurso de reposición.

6. La señora Fiscal Superior interpuso nulidad contra la sesión de la audiencia de apelación llevada a cabo el tres de septiembre de dos mil diecinueve, de fojas setecientos cincuenta y ocho, de cinco de septiembre de dos mil diecinueve. Argumentó que conforme al artículo 359, numeral 1, del Código Procesal Penal el juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces, el fiscal y las demás partes; que, asimismo, según el artículo 369, numeral 1, del Código Procesal Penal, la audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del juez penal o en su caso de los jueces que integran el Juzgado Penal Colegiado, del fiscal y, con las previsiones fijadas en el artículo 366, del acusado y su defensor; que ello denota la obligatoria presencia de dichas partes procesales y, por tanto, necesariamente del Fiscal, supuesto en el cual al concurrir las mencionadas partes la audiencia sería instalada válidamente, caso contrario la audiencia no podría continuar debido a que se frustraría ante la falta de alguna de las referidas partes.

7. Por auto de fojas setecientos sesenta (Resolución número setenta y tres), de nueve de septiembre de dos mil diecinueve el Tribunal Superior declaró improcedente la nulidad deducida por la señora Fiscal Superior. Esta resolución fue impugnada mediante el escrito de nulidad, de fojas setecientos sesenta y ocho, de trece de septiembre de dos mil diecinueve, pero se declaró improcedente por auto de fojas setecientos setenta y cinco (Resolución número setenta y cuatro), de dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve.

8. Agotados los recursos y remedios procesales, el Tribunal Superior dictó la sentencia de vista de fojas setecientos setenta y nueve, de dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve. Sobre el extremo del recurso de apelación del Ministerio Público, fundamentó que:

A. El recurso del Ministerio Público fue declarado inadmisibile el tres de septiembre de dos mil diecinueve, por lo que la Sala Penal de Apelaciones solo emitirá pronunciamiento sobre la apelación de la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Cusco, la cual se encuentra facultada para activar el trámite en segunda instancia cuando se trata de un fallo absolutorio que pueda afectar sus intereses.

B. Si bien el recurso de apelación del Ministerio Público fue declarado inadmisibile, ello no se equipara con la conformidad, por lo que no se vulnera el principio acusatorio si se emite pronunciamiento en función del recurso de apelación de la parte agraviada.

9. Contra la sentencia de vista, en el extremo de la inadmisibilidat de la apelación, la señora Fiscal Superior interpuso recurso de casación. El recurso corre en el escrito de fojas ochocientos doce, de treinta de septiembre de dos mil diecinueve.

TERCERO. Que el señor Fiscal Superior en su escrito de recurso de casación denunció como motivo de casación: infracción de precepto procesal (artículo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal).

∞ Afirmó que la Sala Superior no observó el artículo 423, numeral 3, del Código Procesal Penal y demás reglas de la audiencia y juicio de apelación; que cuando correspondían alegatos en la segunda instancia, ante la inconcurrencia de la Fiscal Adjunta, la Sala declaró la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público; que instada por su parte la anulación de esa resolución, la Sala la desestimó. La sentencia de vista, en función a lo anterior, no comprendió en sus partes considerativa y dispositiva la pretensión impugnatoria de la Fiscalía.

∞ Postuló, en vía excepcional, que debe fijarse si la tardanza justificada del fiscal apelante puede ser equiparable a la inconcurrencia injustificada, si el Ministerio Público debe intervenir en las audiencias de apelación de las demás partes procesales y si es obligatoria la presencia del fiscal en todas las sesiones del juicio de apelación.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento dieciocho del cuaderno de casación, de dieciocho de junio de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional la causal de quebrantamiento de precepto procesal. Está referida a la vigencia del principio de inmediación y la necesidad de la presencia ininterrumpida del Ministerio Público en todas las sesiones del juicio de apelación, más aún si en este caso se declaró la inadmisibilidad del recurso ante la inconcurrencia del Fiscal en la sesión en que le correspondía formular su alegato final.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas ciento veinticinco del cuaderno de casación, de cinco de agosto del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día lunes seis de septiembre de este año. El mismo día con posterioridad a la audiencia de casación, la Fiscalía Suprema presentó un requerimiento escrito por el que planteó se declare fundado el recurso de casación.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas, y del abogado defensor del encausado Daza Navarrete, doctor Antonio Olivera Castillo.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el

número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional del Ministerio Público se centró en la declaración de inadmisibilidad del recurso acusatorio por inasistencia de la señora Fiscal Adjunta Superior a la sesión de la audiencia de apelación destinada al periodo decisorio. Por tanto, está referida a la vigencia del principio de inmediación y la necesidad de la presencia ininterrumpida del Ministerio Público en todas las sesiones del juicio de apelación.

SEGUNDO. Que el artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal fija como criterio rector de la regulación de la audiencia de apelación de sentencia, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia. En tal virtud, el juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los Jueces, el Fiscal y de las demás partes. Instalado el juicio y seguido en sesiones continuas e ininterrumpidas, si el Fiscal, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas, se le excluirá del juicio y se requerirá al Fiscal jerárquicamente superior en grado designe a su reemplazo. Así lo dispone el artículo 359, apartados 1 y 6, del Código Procesal Penal.

∞ Además, debe diferenciarse la instalación de la audiencia de la instalación de las sesiones consecutivas –a ellas se refiere el principio de continuidad del juzgamiento (artículo 356, apartados 1 y 2, del Código Procesal Penal)–. Para la instalación de la audiencia primera rige, en el juicio de primera instancia, el artículo 369, numeral 1, del Código Procesal Penal: deben estar presentes obligatoriamente los Jueces, y, como partes necesarias, el Fiscal y el acusado y su defensor. Respecto del juicio de segunda instancia, las reglas de instalación están regidas por los apartados 2 al 6, del artículo 423, del Código Procesal Penal.

TERCERO. Que, en el presente caso, la audiencia de apelación de sentencia se instaló correctamente, con la asistencia de todas las partes, recurrentes y recurridas. El juicio de apelación se desarrolló en varias sesiones, bajo las directivas del artículo 360, numeral 1, del Código Procesal Penal. Es del caso que para la sesión del día tres de septiembre de dos mil diecinueve la representante del Ministerio Público no asistió a la hora designada, y luego de varios minutos de espera, por lo que, previa razón de Secretaría, se declaró la inadmisibilidad del recurso de apelación. El apercibimiento decretado, según indicó la Sala Penal Superior, es el previsto en el artículo 423, numeral 3, del Código Procesal Penal, el cual se mantenía vigente para todas las sesiones de la audiencia de apelación.

∞ Es del caso que se aplicó una norma impertinente para la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación, bajo interpretación presuntamente

gramatical en perjuicio de una de carácter sistemática. Una cosa es la regulación de la instalación de la audiencia y sus pautas para consolidar la necesaria presencia de las partes necesarias, cuyo incumplimiento –desde la preponderancia del principio de oralidad– ocasiona la inadmisibilidad para el recurrente inconcurrente injustificado (ex artículo 423, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal); y, otra es la instalación de las sucesivas sesiones del juicio, en la que se mantiene la regla de la concurrencia obligatoria (con la posible inconcurrencia limitada y autorizada del acusado en las condiciones previstas en el artículo 359 numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal), para lo cual el propio Código estipula consecuencias y procedimientos distintos en caso de inconcurrencia (ex artículo 359, apartados 4 al 7, del Código Procesal Penal).

CUARTO. Que, en tal virtud, ante la inconcurrencia del representante del Ministerio Público a una de las sesiones de la audiencia de apelación, ya instalada ésta, no era aplicable el numeral 423, numeral 3, del Código Procesal Penal, por estar referida a otro supuesto de hecho procesal. Ante una inconcurrencia injustificada del Fiscal a tales sesiones subsiguientes cabe aplicar el artículo 359, apartado 6, del Código Procesal Penal, por lo que se debía dejar constancia de la inconcurrencia y señalar otra sesión y si en esa ocasión no concurre se le excluirá del juicio, sin perjuicio de su reemplazo a cargo del Fiscal Superior en grado. Los apercibimientos no solo han de ser expresos sino legales, es ineficaz un apremio o un efecto o consecuencia jurídica procesal no prevista por la ley.

∞ Es patente, por la propia naturaleza del juicio y su carácter principal, la concurrencia obligatoria de las partes en todo su recorrido, en el modo, forma y excepciones legalmente previstas. Esta exigencia dimana, con preponderancia, del principio de continuidad y, en cuanto a la actuación de las pruebas y relaciones entre las partes, entre sí y con el juez, de los principios de inmediación e identidad física del juzgador. No constan excepciones para la no presencia del Fiscal en las sesiones del juicio de apelación, a menos que solo se discuta el objeto civil.

QUINTO. Que se aplicó erróneamente las normas procesales sobre inconcurrencia del Fiscal a las sesiones subsiguientes de la audiencia de apelación, lo que determinó que se quebranten las reglas del juicio de apelación y se incurra en indefensión material a la posición procesal del Ministerio Público. El recurso de casación debe ampararse y así se declara. Solo procede una sentencia rescindente.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por infracción de precepto procesal, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DEL CUSCO contra la sentencia de vista de fojas setecientos setenta y nueve, de

dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos diecisiete, de dos de febrero de dos mil diecinueve, absolvió a Miguel Ángel Daza Navarrete, Dionisio Raúl Delgado Sánchez, Robert Zarsanula Olivera, Félix Espinoza Baca, Ernesto Delgado Sánchez y Ruth Yenni Quispe Llocle de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de peculado doloso en agravio del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** se realice nuevo juicio de apelación por otro Colegiado Superior. **III. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; registrándose. **INTERVINO** el señor juez supremo Bermejo Ríos por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR