SUMILLA: El artículo 359° del Código Procesal Penal, en cuanto a la concurrencia del juzgador en la etapa de juzgamiento, señala que: **i)** Es viable el reemplazo de un magistrado cuando esté en etapa de juzgamiento; **ii)** El nuevo magistrado será el llamado por ley; **iii)** el reemplazo será por una sola vez; **iv)** se exige que el nuevo magistrado continúe interviniendo con los otros dos miembros hasta la culminación de la causa en la instancia pertinente.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista del cinco de julio de dos mil dieciséis -fojas ciento setenta y ocho-.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

1. ITER DEL PROCESO

1.1.1. Por resolución del siete de marzo de dos mil dieciséis –fojas noventa y seis- se absolvió a los procesados Godofredo Domínguez Corpus y Roberto Carlos Milla Isidro del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual agravada, en grado de tentativa y alternativamente por delito de actos contra el pudor, ilícitos previstos y sancionados en los artículos 170°, segundo párrafo, inciso 1 [concordante con el artículo 16°] del Código Penal, y por el artículo 176°, primer párrafo, del citado texto normativo, en agravio de L.N.L.R.; y mandó la anulación de los antecedentes judiciales generados por el proceso, así como el archivo definitivo de la causa.

1.1.2. Contra dicha resolución, el representante del Ministerio Público interpuso su recurso de apelación -fojas ciento treinta-, emitiéndose la sentencia de vista

-fojas ciento setenta y ocho- que confirmó la resolución del siete de marzo de dos mil dieciséis en todos sus extremos.

1.1.3. Por consiguiente, el titular de la acción penal [Ministerio Público] interpuso su recurso de casación -fojas ciento noventa y nueve- invocando el artículo 427°, numeral 2, literal b), del Código Procesal Penal, vinculándola con las causales establecidas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 429° del mismo Código, alegando que: **i)** La sentencia absolutoria debe ser declarada nula, toda vez que el juicio oral fue desarrollado con inobservancia de los derechos y garantías que le asisten a las partes, pues la conformación del Colegiado varió, incumpliéndose la inmediación de la prueba con los magistrados a cargo [el juez Percy García Valverde fue reemplazado por la magistrada Norma Sáenz García y examinó a los órganos de prueba (médico legista Alan Roy Chávez Apéstegui)] vulnerándose el principio de inmediación y concentración; y, **ii)** La Sala Penal de Apelaciones, interpretó restringidamente el artículo 409° del Código Procesal Penal, teniendo la facultad de pronunciarse sobre aspectos que no fueron impugnados si se trata de causales de nulidad absoluta, como sucede en el presente caso.

1.1.4. Ante esa impugnación, el Tribunal Supremo emitió la Ejecutoria Suprema, del veintisiete de febrero de dos mil diecisiete -fojas treinta y seis,- que desestimó el recurso casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, al no fundamentar cada una de las causales invocadas según lo establecido en el inciso 1 del artículo 430° del Código Procesal Penal, y declaró bien concedido de oficio el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a: **"Si se permite o no al Juzgador ausentarse de una de las audiencias, para luego regresar a ella, y de no ser así, si esta conducta constituiría o no una causal de nulidad absoluta, concordando con la causal 2 del artículo 429° del Código Procesal Penal".**

1.1.5. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el veintiséis de julio de dos mil diecisiete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN.

2.1.1 La Suprema Sala Penal, en pleno uso de sus facultades, puede declarar de oficio bien concedido el recurso de casación, conforme a lo previsto en el inciso 1 del artículo 432° del Código Procesal Penal, que establece:

> *"El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso".*

2.1.2. Es así que este Tribunal Supremo emitió la Sentencia Casatoria N° 389-2014, del siete de octubre de dos mil quince, donde se estableció como doctrina jurisprudencial, los fundamentos jurídicos décimo quinto y décimo dieciséis, que: **"La casación de oficio se promueve por interés del Tribunal Supremo**, que busca más allá del caso en concreto un pronunciamiento jurídico –de estricto derecho- con dos fines principales: ***1)*** Enriquecer la jurisprudencia y ***2)*** Evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos, puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales (...) En dicho sentido, se puede afirmar que la regulación que brinda el Código Adjetivo referente a la desestimación del recurso de casación por inconcurrencia de la parte interesada en el proceso, no encaja con los fines de la casación de oficio, toda vez que el interés de casar determinada resolución o auto no procede de una de las partes del proceso penal, sino del Tribunal Supremo; quien busca junto con un pronunciamiento del caso concreto un pronunciamiento general de derecho".

2.1.3. En ese sentido, se puede declarar de oficio el recurso de casación, siendo el presente caso, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial conforme al inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal.

2.1.4. Conforme a la Ejecutoria Suprema del veintisiete de febrero de dos mil diecisiete -fojas treinta y seis-, se declaró de oficio bien concedido el recurso de casación por los siguientes motivos:

I) Se habría efectuado una incorrecta interpretación y aplicación del inciso 2 del artículo 359° del Código adjetivo, derecho al juez natural y el principio de inmediación; toda vez que en el proceso penal, en audiencia del veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, el magistrado Percy García Valverde quien estuvo de licencia fue reemplazado por la magistrada Norma Sáenz García, y luego éste se reincorporó al Colegiado; por tanto, se debe desarrollar la interpretación de dicho precepto legal, respecto a: **"Si permite o no al Juzgador ausentarse de una de las audiencias, para luego regresar a ella, y de no ser así, si esta conducta constituiría o no una causal de nulidad absoluta -regulado en el inciso b) del artículo 150° del Código Procesal Penal-".**

II) El tema para el desarrollo de doctrina jurisprudencial resulta de mucho interés, dado que se debe flexibilizar el rechazo por desestimación de aquellos agravios que no fueron cuestionados vía recurso de apelación, para luego ser interpuestos en sede de casación, con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales que le asisten a las partes en un proceso penal.

2.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional

2.2.1. Dentro del derecho al debido proceso están las garantías mínimas que requiere una persona para ser investigado o procesado [derecho de defensa, pluralidad de instancia, presunción de inocencia, etc.], en tanto la tutela jurisdiccional es el derecho de la persona a que el Estado le proporcione una justicia idónea, imparcial y oportuna a sus demandas o pretensiones.

2.2.2. La Constitución Política del Estado, en su artículo 139°, inciso 3°, señala como principio y derecho como función jurisdiccional, lo siguiente:

> "La observancia del debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni

sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

RESPECTO AL DERECHO AL JUEZ NATURAL

2.2.3. Así, se advierte que el referido artículo consagra el derecho al "juez natural" o, como *expresis verbis* allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al "debido proceso legal". Mediante él se garantiza un diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado.

2.2.4. Lo expuesto, se exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera, "Se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido"[1].

2.2.5. En segundo lugar, se exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Y, por otro lado, se

[1] Fundamento jurídico cuarto del Exp. N° 02112-2009-PA-TC.

requiere que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución.

2.2.6. Asimismo, cabe señalar que el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos garantiza el derecho a ser juzgado por **"Un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley"**; esta disposición se relaciona con el concepto de juez natural, que constituye una de las garantías del debido proceso, que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. Esto implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.

2.2.7. El juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes"[2]. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores, estableciendo atribuciones al Consejo Ejecutivo facultades para ello y que están desarrolladas en el artículo 82° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RESPECTO AL DERECHO A LA PRUEBA

2.2.8. De otro lado, cabe señalar que la función principal del proceso judicial radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el Derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas, y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio Derecho. Por ello, se ha

[2] Véase CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA

de concluir que "La función del proceso es la aplicación del Derecho"[3]. En esa línea, la idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en que se funda su pretensión procesal. Es decir, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas. Por ello, SÁNCHEZ VELARDE resalta que "La prueba constituye uno de los temas de mayor apasionamiento en el proceso judicial y sobre manera en el proceso penal, pues toda la doctrina procesalista se aboca a su estudio con distintas intensidades"[4].

2.2.9. En la sentencia recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC, en su fundamento jurídico quinto, señaló que: "Existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen".

2.2.10. Además, dicho órgano institucional, en el Expediente N° 1014-2007-PHC/TC, en su fundamento jurídico octavo, determinó que: "Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos; además, indicó que el derecho a la prueba tiene una doble dimensión o carácter. En su dimensión subjetiva, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. En su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia".

2.2.11. Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N° 4831-2005-PHC/TC, en su fundamento jurídico cuarto, determinó que: "El

[3] FERRER BELTRÁN, JORDI. En: Revista N° 47 "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales". Madrid, 2003. págs. 27-34.
[4] SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa. Lima, 2004, pág. 637.

derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión".

2.2.12. Lo referente precedentemente, se advierte que los justiciables tienen derecho a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento; sin embargo, este derecho no es absoluto al estar sujeto a limitaciones o restricciones cuando son obtenidos, incorporados, practicados y/ o valorados con vulneración de derechos constitucionales que le asiste al justiciable, por ejemplo la legislación peruana procesal penal, en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prevé que "Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (...) Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (...) La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio".

2.2.13. Asimismo, el artículo 159° del citado Código adjetiva señala que "El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Sobre el derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba

2.2.14. De otro lado, cabe señalar que los medios de prueba y las fuentes de prueba ingresan al proceso. El momento en que deben ser adecuadamente incorporadas las fuentes de prueba es el juicio, pues es en dicha fase del proceso penal rigen plenamente los principios de oralidad, contradicción, publicidad e inmediación, especiales para la formación de pruebas.

2.2.15. La doctrina denomina a los medios de prueba practicados en el juicio actos de prueba, distinguiéndolos de los actos de investigación que son propios de la investigación probatoria y que solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia, conforme lo

señala el artículo 325° del Código Procesal Penal, al indicar que: "Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículo 242° y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles, cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código"

2.2.16. Por ello, "Es esencia los principios del juicio oral que son directrices que sostiene e inspira la realización o actividad del juzgamiento[5]", a fin de garantizar el correcto manejo del desarrollo del juicio oral, desde el inicio hasta la culminación del enjuiciamiento oral, público y contradictorio.

2.2.17. El Código Procesal Penal de 2004 acoge un juicio oral garantista y proteccionista de los derechos fundamentales del imputado y demás sujetos procesales; en ese sentido, reconoce expresamente los principios del juicio oral [etapa principal del proceso penal], el mismo que se debe llevar a cabo, respetando, también, los principios procesales señalados en la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales ratificados por el Perú. Por ello, señalaremos cuáles son los principios que se deben respetar durante del juicio oral:

2.2.18. Así, para que la actuación probatoria sea adecuada deben regir los principios de: **i)** legalidad de la actividad probatoria; **ii)** publicidad; **iii)** contradicción; **iv)** comunidad de la prueba; **v)** inmediación. En este último. se exige que "El juzgador y las partes se encuentren en contacto personal e inmediato con las personas, hechos y cosas que sirven o servirán como fuente o medio de prueba, según sea el caso, de modo tal que pueda alcanzarse una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba[6]".

---

[5] NEYRA FLORES, *José A. "Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación oral". Editorial IDEMSA, Lima, 2010. pág. 324.*

[6] TALAVERA ELGUERA, PABLO. *La prueba penal.* Editorial Instituto Pacífico. Primera Edición. Lima, 2017, pág.34.

Sobre el Principio de inmediación

2.2.9. En relación al principio de inmediación, el Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N°. 02201- 2012-PA/TC, en su fundamento jurídico quinto, señaló que "Está relacionado con el programa normativo del derecho a la prueba mediante este se asegura que la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria".

2.2.10. Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución, al emitir pronunciamiento en el Exp. 2201-2012-PA/TC, en su fundamento jurídico quinto, indicó que "La actuación y la valoración de la prueba personal, en su relación con el principio de inmediación, presenta dos facetas: una personal y otra estructural: La *primera*, que se refiere a los datos relacionados con la percepción sensorial del juez: lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc. que no es susceptible de supervisión y control en apelación, es decir no puede ser variada. La *segunda*, cuyos datos se refieren a la estructura racional del contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador, si puede ser fiscalizada y variadas. En este contexto, el relato fáctico que el juez asume como hecho probado no siempre es inmutable, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; **b)** puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo: o, **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

2.2.11. Por ello, si bien con carácter general una vertiente del principio de inmediación puede identificarse con la presencia judicial durante la práctica de la prueba, en un sentido más exacto, en realidad, "la garantía de la

inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera transcendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que, "Su dimensión de garantía constitucional (...) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal" (véase fundamento jurídico doce, del Exp. 2738-2014-PHC/TC).

2.2.12. Aunado a ello, cabe reseñar la Sentencia de Casación Huaura Nº 09-2007, que en fundamento jurídico *segundo*, determinó que: "(...) la inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto a lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contra examinada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confidencialidad mínimo, de ahí, que debe protegerse la inmediación del Juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba."

2.3. LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL PERUANO

2.3.1. En el marco del sistema de impugnación de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal se reconoce dos caminos: a) los remedios y b) los recursos. Una diferencia sustancial entre ambos consiste en que los remedios cuestionan un acto procesal no contenido en resoluciones, mientras que los recursos debaten los errores o vicios, ya sea de forma o fondo, contenidos en una resolución judicial (decretos, autos y sentencias).

2.3.2. Uno de los remedios más recurrentes en nuestra jurisprudencia es la nulidad, cuyo propósito es la revisión de los actos procesales, a fin de verificar si se omitió o vulneró las formas preestablecidas por ley. No obstante, corresponde precisar que este término adquiere tres significados: "el primero referido al estado del acto procesal; el segundo alude al vicio que aflige el acto procesal; y el tercero indica el mecanismo por el cual se sanciona un acto procesal por no encontrarse acorde a las exigencias materiales o constitucionales[7]".

2.3.3. El Libro Segundo, Sección I, Título III del Código Procesal Penal, en su artículo 149° instaura la nulidad como remedio señalando que: "La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley". De esta manera, se tiene que el legislador peruano se refiere a la segunda acepción señalada, esto es, a la inobservancia de aquello preestablecido por ley para el desarrollo de las actuaciones procesales, pues este ocasiona el vicio que desnaturaliza el proceso.

2.3.4. Asimismo, el legislador clasifica las nulidades en absoluta (art. 150° N.C.P.P.) y relativa (art. 151° N.C.P.P.). Esta última está relacionada al "incumplimiento de aquellos requisitos del acto procesal sobre los que las partes tienen facultades dispositivas; y, en segundo lugar, tres características derivadas: (i) no se pueden apreciar de oficio, (ii) es necesario una solicitud de nulidad de la parte perjudicada –lo que da lugar a un incidente de nulidad-, y (iii) puede perderse la posibilidad de pedir la anulación preclusión o por consentimiento[8]".

2.3.5. Asimismo, las nulidades absolutas a que se refiere el artículo 150° del Código Procesal Penal están destinadas a sancionar el vicio existente, previsto

---

[7] CÁCERES JULCA, Roberto E. *Las nulidades en el proceso penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial.* Lima: Jurista Editores, 2010, pág. 22.

[8] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: INPECCP & CENALES, 2015, pág. 782.

por ley, que sustancialmente altera los fines del proceso y la decisión que recae en éste. Además, esta institución procesal presenta dos notas características: **i)** puede ser declarada de oficio, y **ii)** la existencia del vicio o error acarrea la ineficacia del acto procesal derivado. Así, la norma establece cuatro causales de nulidad absoluta, en razón de los defectos concernientes: "***a)*** *A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;* ***b)*** *Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;* ***c)*** *A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;* ***d)*** *A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución*".

2.3.6. En ese sentido, se tiene que el literal b) del artículo 150° del Código Adjetivo está en relación con la jurisdicción y competencia de los magistrados, es decir, que el juzgador o la Sala que examinará el hecho ilícito deberá estar debidamente constituido o nombrado, conforme a ley, en cumplimiento de los requisitos que ésta exige para el respeto de un debido proceso. En otros términos, esta causal hace referencia a que "(...) la capacidad del órgano jurisdiccional está en función de su competencia para conocer determinado caso. De no ser así, los 'actos' desplegados en el marco del proceso estarían viciados de nulidad desde su origen[9]".

2.4. LA CONCURRENCIA DEL JUZGADOR EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

2.4.1. Uno de los momentos cruciales de todo proceso judicial es el juzgamiento, pues aquí los sujetos procesales concurren a determinar la existencia de responsabilidad u obligación del encausado. Así, en el modelo procesal penal

[9] GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino / RABANAL PALACIOS, William / CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Edición corregida y aumentada.* Lima: Instituto de Derecho y Justicia & Jurista Editores, 2010, pág. 346.

vigente se tiene que la etapa del juzgamiento exige, entre otros, la presencia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción de la actividad probatoria, conforme lo establece el inciso primero del artículo 356° del Código Procesal Penal.

2.4.2. En ese sentido, debido a la trascendencia de esta etapa procesal, el artículo 359° del Código Procesal Penal, referido a la concurrencia del Juez y de las partes, señala en su primer inciso que: "*El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces, el fiscal y de las demás partes, salvo lo dispuesto en los numerales siguientes*"; en consecuencia, se advierte que el legislador establece ciertas excepciones a la exigencia referida a la "presencia ininterrumpida" de los sujetos procesales.

2.4.3. De esta manera, el inciso segundo del artículo 359° del Código Adjetivo, en relación a la concurrencia del Juzgador, establece lo siguiente: "***Cuando el Juzgado es colegiado y deje de concurrir alguno de sus miembros siendo de prever que su ausencia será prolongada o que le ha surgido un impedimento, será reemplazado por una sola vez por el Juez llamado por Ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia***" -[El resaltado es nuestro]-. Así, la ley es taxativa al señalar lo siguiente: **i)** Es viable el reemplazo de un magistrado cuando esté en etapa de juzgamiento; **ii)** El nuevo magistrado será el llamado por ley; **iii)** El reemplazo será por una sola vez; y, **iv)** Se exige que el nuevo magistrado continúe interviniendo con los otros dos miembros hasta la culminación de la causa en la instancia pertinente [quien es el sujeto que reemplazó al magistrado; que para una mejor aclaración gramatical debió indicar "el reemplazante"]; y, **v)** La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.

2.4.4. Cabe señalar que el proceso penal peruano está formado por principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. En tal sentido, el artículo en cuestión anuncia una excepción al principio de inmediación, al establecer que el reemplazo será por una sola vez y que exige que el nuevo magistrado continúe interviniendo con los otros dos miembros hasta la culminación de la causa en la instancia pertinente.

2.5. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

2.5.1. Este Tribunal Supremo declaró de oficio bien concedido el recurso de casación para establecer si se habría efectuado una incorrecta interpretación y aplicación del inciso 2 del artículo 359° del Código Adjetivo, referido al derecho al juez natural y el principio de inmediación; toda vez que en el proceso penal, en audiencia del veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, el magistrado Percy García Valverde estuvo de licencia y fue reemplazado por la magistrada Norma Sáenz García, y luego éste se reincorporó al Colegiado; por tanto, se debe desarrollar la interpretación de dicho precepto legal, respecto **"Si permite o no al Juzgador ausentarse de una de las audiencias, para luego regresar a ella, y de no ser así, si esta conducta constituiría o no una causal de nulidad absoluta, regulado en el inciso b) del artículo 150° del Código Procesal Penal".**

2.5.2. En ese sentido, de la revisión del acta de registro de audiencia de juzgamiento del quince de febrero de dos mil dieciséis -fojas treinta y cuatro- se advierte en su punto "Introducción" detalla quiénes son los magistrados que integran el Juzgado Colegiado: Edison Percy García Valverde, Vilma Marineri Salazar Apaza como directora de debates (en adelante D.D.), Nanci Flor Menacho López, a fin de llevar a cabo la audiencia de juzgamiento, en el proceso común signado con el Expediente N° 00994-2015-65-02201-JR-PE-02 seguido contra los procesados Godofredo Domínguez Corpus y Roberto Carlos Milla Isidro por delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual agravada, en grado de tentativa y alternativamente por delito de actos contra el pudor, ilícitos previstos y sancionados en los artículos 170°, segundo

párrafo, inciso 1 [concordante con el artículo 16°] del Código Penal, y por el artículo 176°, primer párrafo del citado texto normativo, en agravio de L.N.L.R.

2.5.3. Asimismo, de la lectura del acta de registro de audiencia de juzgamiento del dieciocho de febrero de dos mil dieciséis -fojas sesenta y uno- detalla quiénes son los magistrados que integran el Juzgado Colegiado: Edison Percy García Valverde, Vilma Marineri Salazar Apaza como directora de debates (en adelante D.D.), Nanci Flor Menacho López.

2.5.4. Posteriormente, del acta de audiencia del veinticinco de febrero de dos mil dieciséis -fojas setenta y nueve- se señala quiénes son los magistrados que integran el Juzgado Colegiado: Vilma Marineri Salazar Apaza como directora de debates (en adelante D.D.), Nanci Flor Menacho López y Norma Sáenz García.

2.5.5. Seguidamente, de la lectura del acta de registro de audiencia de juzgamiento del tres de marzo de dos mil dieciséis -fojas ochenta y nueve-, se advierte en su punto "Introducción" se indica que: Integran el Colegiado Supraprovincial de Huaraz los señores magistrados Edison Percy García Valverde, Dra. Vilma Marineri Salazar Apaza como directora de debates (en adelante D.D.), y Dra. Nanci Flor Menacho López; magistrados que intervinieron en la sesión del siete de marzo de dos mil dieciséis -véase resolución de fojas noventa y cuatro-.

2.5.6. En ese sentido, se tiene que la sentencia absolutoria del siete de marzo de dos mil dieciséis -fojas noventa y seis- fue suscrita por los magistrados Edison Percy García Valverde, Dra. Vilma Marineri Salazar Apaza como directora de debates (en adelante D.D.), y Dra. Nanci Flor Menacho López.

2.5.7. Al respecto, corresponde señalar que el inciso segundo del artículo 359° del Código Procesal Penal establece taxativamente las oportunidades en que resulta posible el reemplazo de un magistrado integrante de un Juzgado Colegiado, durante la etapa de juzgamiento, precisando que solo podrá

realizarse en una sola oportunidad, *bajo la condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros hasta la culminación del proceso.*

2.5.8. En ese contexto, cabe evaluar el pronunciamiento adoptado por los órganos jurisdiccionales de mérito aplicando el test de proporcionalidad que incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse para su aplicación el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento, y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

2.5.8.1. *Examen de idoneidad.* Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad; en tal sentido, el artículo 359°, segundo párrafo, del Código Procesal Penal permite que, durante el juicio, un magistrado sea reemplazado por otro [por causas previstas en la normatividad procesal] con la finalidad que el desarrollo del juicio sea continuo e interrumpido hasta su conclusión, teniendo como prevalencia que sea un solo día, y excepcionalmente en días consecutivos, conforme lo prevé el artículo 360° del citado texto normativo.

Todo ello con la finalidad de que el juicio prosiga y no se quiebre en aras de los principios de economía y celeridad procesal no solo a favor de la eficacia y eficiencia de la administración de justicia, sino también a las partes procesales. Ahora bien, cabe señalar que el artículo 359°, segundo párrafo, del Código Procesal Penal señala que un magistrado durante el juicio puede ser reemplazado una sola vez y se quedará, junto con los otros dos miembros hasta la culminación; dicha medida es idónea, conforme se detalló líneas arriba.

2.5.8.2. *Examen de Necesidad.* Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: **i)** Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir con el objetivo de Juez Natural; y, **ii)** Si tales medios no afectan el principio de inmediación, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad.

2.5.8.2.1. En el presente caso, se tiene que en la sesión del veinticinco de febrero de dos mil dieciséis intervino la magistrada Norma Sáenz García, donde se examinó al perito Alan Roy Chávez Apestegui [médico legista que emitió el certificado médico legal N° 004003-CLS practicado a la agraviada], quien se ratificó de la elaboración del referido certificado médico; sin embargo, dicha magistrada [quien reemplazó una sola vez al magistrado Edison Percy García Valverde] no continuó como miembro integrante del Juzgado Colegiado en dicha causa, debido a que el magistrado que fue reemplazado se reincorporó [el tres de marzo de dos mil dieciséis] y participó en las siguientes audiencias e incluso suscribió la sentencia de primera instancia del siete de marzo de dos mil dieciséis -fojas noventa y seis-. Al respecto, cabe señalar que éste último magistrado no estuvo de licencia, ni jubilación o goce vacacional para que puede participar en la deliberación y votación de la sentencia [conforme lo señala el segundo párrafo, del artículo 359° del Código Adjetivo], toda vez que continúo, luego de ser reemplazado, como miembro integrante del referido Juzgado hasta la emisión de la sentencia; advirtiéndose que si bien la norma establece que el magistrado reemplazante debe estar hasta la culminación de juicio y, por tanto, deliberar y votar en la

decisión de la causa; sin embargo, hay que establecer límites en cuanto a su participación. Así, cuando el magistrado reemplazado estuvo presente en el desarrollo del contradictorio [actuación de prueba personal y oralización de prueba documental], y es reemplazado posteriormente, por una sola vez puede el magistrado reemplazado intervenir, deliberar y votar hasta la emisión de la sentencia; en caso contrario, se vulneraría el principio de inmediación. De otro lado, si el magistrado reemplazado por otro no estuvo en el desarrollo del contradictorio ni en los alegatos de las partes, en este caso es necesaria la intervención del magistrado reemplazante a efectos de la deliberación y votación hasta la emisión de la sentencia; en caso contrario, se vulneraría el principio de inmediación y el derecho al juez natural.

2.5.8.2.2. En consecuencia, al no existir otras medidas alternativas era necesario que el magistrado reemplazado se reincorpore a fin de no infringir el principio de inmediación ni del juez natural, conforme las razones esbozadas líneas arriba.

2.5.9. *Examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.* El tercer paso del test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la *ley de la ponderación* conforme a la cual, cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley.

2.5.9.1. Para hacer más racional dicha operación resulta relevante contrastar los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención por parte de la ley y su aplicación en el caso concreto. El Tribunal Constitucional, al emitir pronunciamiento en el Exp. 0045-2005-PI-TC, en su fundamento jurídico trigésimo quinto, determinó "La valoración de las *intensidades* puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de:

elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los *grados de realización* [grados de satisfacción] del fin constitucional de la restricción".

2.5.9.2. Aunado a ello, cabe indicar que "Aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor manera posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que juegan en sentido contrario[10]".

2.5.9.3. En el presente caso estamos ante la colisión de dos principios constitucionales como son de inmediación y al juez natural, siendo que en el caso concreto la Sala de Mérito le otorgó mayor peso al primero, toda vez que como se indicó en líneas arriba, el juez reemplazado fue quien estuvo en los debates orales, en las actuaciones probatorias, entre otros; por tanto, si bien éste no podía de nuevo ingresar a ver la causa; sin embargo, la magistrada reemplazante estuvo en una sola sesión, donde solo se practicó la ratificación del perito médico legista; en cambio, el magistrado reemplazado estuvo en el desarrollo del contradictorio, donde se examinaron las declaraciones de la agraviada y del acusado, las testimoniales, así como en la oralización de las piezas procesales y alegatos de clausura presentadas tanto por el representante del Ministerio Público y la defensa técnica de los procesados, conforme obran en autos las actas de audiencia en juicio oral -fojas treinta y cuatro, y sesenta y uno, noventa y uno, noventa y dos, respectivamente-.

2.5.9.4. Aunado a ello, cabe indicar que en un Juzgado Colegiado está compuesto por tres magistrados, por lo que la decisión adoptada es por mayoría, conforme lo prevé el literal 4, del artículo 392° del Código Procesal Penal; en ese sentido, en el caso concreto, las magistradas Marineri Salazar Apaza (directora de debates) y Nanci Menacho López estuvieron durante el

[10] Robert, Alexy. *Teoría de los Derechos fundamentales, citado por Carlos Bernal Pulido "El Derecho de los Derechos.* Universidad Externado de Colombia, 2005, pág.133.

desarrollo del juicio oral, en la deliberación, votación y emisión de la sentencia de primera instancia; por tanto, no invalidan la decisión adoptada en dicha instancia; en consecuencia, no se vulneran los derechos al debido proceso [conexos al principio de inmediación y al derecho al juez natural] y a la tutela jurisdiccional efectiva que le asisten a las partes procesales.

2.5.10. Por las razones expuestas no se advierte que la Sala Penal de Apelaciones ni el Juzgado Colegiado hayan interpretado erróneamente el inciso segundo del artículo 359° del Código Procesal Penal, por tanto no genera la nulidad absoluta del proceso instaurado; en consecuencia, deberá mantenerse la decisión adopta por éstos órganos jurisdiccionales.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del cinco de julio de dos mil dieciséis -fojas ciento setenta y ocho- que confirmó la resolución de primera instancia del siete de marzo de dos mil dieciséis –fojas noventa y seis- que absolvió a los procesados Godofredo Domínguez Corpus y Roberto Carlos Milla Isidro por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual agravada, en grado de tentativa y alternativamente por delito de actos contra el pudor, ilícitos previstos y sancionados en los artículos 170°, segundo párrafo, inciso 1 [concordante con el artículo 16°] del Código Penal, y por el artículo 176°, primer párrafo del citado texto normativo, en agravio de L.N.L.R.; y mandó la anulación de los antecedentes judiciales generados por el proceso, así como el archivo definitivo de la causa.

II. **ESTABLECIERON** como desarrollo de doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 2.4.3 y 2.5.8.2 de la presente Ejecutoria Suprema.

III. **DISPUSIERON** que se de lectura la presente sentencia en audiencia pública y se publique en el Diario oficial "El Peruano" de conformidad con lo previsto en el numeral 3) del artículo 433° del Código Procesal Penal.

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

JPP/mceb

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

26 OCT 2017