



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.09



Determinación judicial de la pena vista a través del fin dikelógico de la casación

Judicial determination of the private punishment seen through the dikelological end of the cassation

Nátaly Ugarte Molina*

Distrito Fiscal del Cusco
(Cusco, Perú)

nugartedj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2607-8159>

Resumen: El recurso de casación fue incorporado dentro del Estado peruano el año 2004 por medio del Código Procesal Penal. Sin embargo, no existe claridad respecto a los fines que le fueron concedidos. En efecto, su procedibilidad está condicionada a la configuración de una infracción normativa —se evidencia el fin nomofiláctico y uniformador—. Pero, a través del artículo 433 del mismo cuerpo normativo se le otorga la potestad de optar por la anulación sin reenvío y pronunciarse sobre el fondo —fin dikelógico. Este último, en el marco de la jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema, trasciende la valoración probatoria, para vincularse además a la determinación judicial de la pena. Aunque, la potestad de modificar el *quantum* de la misma es otorgado de manera exclusiva al juez *ad quem*,

* Fiscal superior penal del Distrito Fiscal de Cusco.

su materialización debe ser avalada por la Corte Suprema, en atención al principio de celeridad procesal. En efecto, no tendría sentido declarar la nulidad con reenvío y someter al imputado a un nuevo juicio oral, cuando no está en cuestionamiento su culpabilidad. De este modo, se puede afirmar que es perfectamente posible invocar el fin dikelógico, para efectuar un ejercicio de determinación de pena. Ello no implica desconocer la naturaleza de la casación, como recurso extraordinario. Por el contrario, implica colocarlo al servicio de la justicia y garantía de derechos fundamentales en un contexto evolutivo, dejando atrás la casación de rasgos tradicionales.

Palabras clave: Corte Suprema, fin nomofiláctico, fin uniformador

Abstract: The cassation appeal was incorporated into the Peruvian State in 2004 by means of the Criminal Procedure Code. However, there is no clarity as to the purposes for which it was granted. In effect, its admissibility is conditioned to the configuration of a normative infringement - the nomophylactic and standardizing purpose is evident -. However, through Article 433 of the same body of law, it is granted the power to opt for annulment without remand and to rule on the merits - dikelological purpose -. The latter, in the framework of the jurisprudence of the Criminal Chambers of the Supreme Court, transcends the evidentiary assessment, in order to be also linked to the judicial determination of the sentence. Although the power to modify the quantum of the award is granted exclusively to the Judge, its materialization must be endorsed at the level of the Supreme Court, in accordance with the principle of procedural celerity. Indeed, it would not make sense to declare the nullity with remand and submit the accused to a new oral trial, when his guilt is not in question. Thus, it can be stated that it is perfectly possible to invoke the dikelological purpose in order to carry out a penalty determination exercise. This does not imply disregarding the nature of cassation, as an extraordinary remedy. On the contrary, it implies placing it at the service of justice and the guarantee of fundamental rights, in an evolutionary context, leaving behind the cassation of traditional features.

Key words: Supreme Court, nomophylactic purpose, uniformising purpose

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Al revisar el artículo 141 de la Constitución de 1993, se verifica que las salas de la Corte Suprema asumen dos roles: pueden fallar como última instancia o como corte de casación. En materia penal, el primer supuesto se hace viable

a través del recurso de nulidad, que pese a ser extraordinario, es utilizado para garantizar el derecho a la pluralidad de instancias.

Este recurso, tal como se presenta en la práctica judicial, permite que las salas penales supremas se pronuncien no solo en los casos en que se cuestiona la valoración probatoria, sino también en aquellos en que el debate está centrado en la determinación de la pena. La controversia se presenta al revisar los supuestos en que se puede declarar la nulidad, regulados en el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, si se toma en cuenta que, de una interpretación literal de los mismos, se concluye que están asociados a infracciones que no incorporan la posibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Ahora bien, el recurso de casación fue incorporado al sistema normativo a través del Código Procesal Penal, sin dejar claro cuáles son los fines de la casación. En efecto, por un lado, se requiere la configuración de una infracción para que proceda —causales contenidas en el artículo 429 del Código Procesal Penal—, dejando en evidencia el fin nomofiláctico y uniformador.

Mientras que, por otro, se otorga a las salas penales supremas la posibilidad de «decidir por sí el caso». Ello implica resolver sin reenvío, lo que es completamente ajeno a los fines mencionados en el párrafo precedente. Esta potestad está vinculada al fin dikelógico de la casación. ¿Qué implica esta posibilidad? Pareciera, que debe ser entendida como la revaloración de los medios probatorios y absolver a quien fue condenado o confirmar la sentencia, sin que ello signifique olvidar los límites que impone el principio de inmediación. Y en lo que respecta a los casos en que se cuestiona la pena, no está claro si se puede modificar la que fue impuesta, al ser una pena nueva está en juego el derecho a la pluralidad de instancias.

De este modo, surge la duda respecto a ¿cuáles son los fines de la casación en el proceso penal peruano?, ¿el fin dikelógico está habilitado? Ello conduce a una interrogante general que se traduce en lo siguiente: ¿Las salas penales de la Corte Suprema pueden efectuar un ejercicio de determinación de la pena en atención al fin dikelógico de la casación?

Responder esta pregunta es, sin duda, de vital importancia, lo que no está exento de polémica. Pues, como se mencionó, a través del Código Procesal Penal se otorga a la Corte Suprema la posibilidad de emitir un pronunciamiento sin reenvío. Pero, además, el recurso de casación gira en torno a la existencia de una infracción normativa.

Con tal fin, es indispensable dar cuenta del origen de la casación —no obstante, de manera puntual— pues ello permitirá entender, con objetividad, en qué contexto se incorpora dentro de nuestro sistema normativo, y si

existen matices que hacen a este recurso diferente. Solo de esta forma es posible determinar el rol que tienen las Salas Penales de la Corte Suprema, y cuáles son los límites que debe tener su actuación cuando deben resolver un recurso de casación.

En este contexto, la determinación de la pena desempeña un papel fundamental, pues si bien, se está frente a una cuestión de fondo, no es lo habitualmente reclamado en los procesos penales, como sí lo es la valoración que en las instancias de mérito se hace de la prueba —absolución de cargos—. Y al ser una cuestión vinculada al derecho a la libertad es importante clarificar esta situación, pues será a nivel de la Corte Suprema que se tomará una decisión determinante para quien está siendo procesado. Sin perder de vista, lo que significaría un nuevo juicio oral destinado a lograr un nuevo pronunciamiento que gire de manera exclusiva sobre la pena impuesta.

2. Breve referencia histórica

La casación se origina en Francia —aunque hay quienes consideran que existen otros antecedentes—. En esta línea, Paz (s.f.) señala que a nivel doctrinario se presenta una coincidencia absoluta respecto a que su punto de partida es la Revolución francesa. Con la atingencia que el mismo autor manifiesta que apareció con anterioridad «como una necesidad política del soberano» y con posterioridad en el marco de «la separación de poderes».

Delgado es otro autor que se pronuncia en este contexto, cuando hace referencia a la evolución de la casación en España. De manera concreta, cita a Nieva, quien atribuye a la casación española ideas inspiradoras que se encuentran en «la *supplicatio* del Derecho romano de la época del Imperio o, especialmente, en la querrela *nullitatis* del Derecho común y del Derecho estatutario italiano, cuya estructura procesal era muy similar a la del recurso de casación» (2009, p. 347). Empero, considera la necesidad de aceptar el origen francés.

Admitida esta tesis, se puede manifestar que la casación tenía naturaleza política en un inicio. A través de este recurso, se buscó crear un órgano destinado a vigilar de manera «efectiva» al Poder Judicial. La intención se tradujo, únicamente, en impedir intromisiones en el Poder Legislativo. Estaba descartada la posibilidad de evitar que se produjeran «invasiones recíprocas entre los tres poderes» (Hualde, 2017, p. 177).

De ello se deriva que el primer Tribunal Casacional no era un órgano jurisdiccional. Lo único que se le estaba permitido era declarar la nulidad de la sentencia puesta en su conocimiento —función negativa—, para luego reenviar el expediente al juez que la dictó y se pueda pronunciar nuevamente. Era posible una segunda casación en los casos en que se ratificaba la decisión

inicial. De producirse una tercera, el tribunal debía enviar el caso al Poder Legislativo, para que efectúe una interpretación auténtica de la ley, la que sí era obligatoria¹.

Entonces, se entiende que el juez debía limitarse a la aplicación literal de la ley en cada caso concreto, no estaba permitida la interpretación. Al respecto, se ha dicho de manera acertada que esta situación «vino a negar operatividad práctica al poder judicial; a la vez que la atribución al poder legislativo de esa función trajo consigo la desnaturalización del carácter general y abstracto que ha de acompañar a las normas derivadas de este poder» (Hualde, 2017, p. 178).

De este modo, la posibilidad de un pronunciamiento de fondo no encontraba asidero en las potestades de la Corte. Esta se limitaba a declarar la nulidad de la sentencia, cuando evidenciaba una contravención al texto de la ley, buscando que se emita otra, respetuosa del mismo. No en vano, Gonzales-Cuellar citando a Calamandrei, afirma que no se puede negar que originalmente el fin de la casación podía ser considerado «nomofiláctico» (s.f.).

El panorama cambia de manera radical cuando se deroga el recurso de urgencia obligatorio, debido a que lo decidido por el tribunal pasa a ser vinculante para los jueces de instancia. Las potestades otorgadas al Poder Legislativo quedan restringidas. Además, se llega a entender que la uniformidad de la jurisprudencia «es uno de los fines claves del sistema casacional» (Calamandrei, citado por Glave, s.f.).

Queda claro entonces, que «en esencia» la casación nace para responder a un interés público. Lo que se traduce en alcanzar la unidad de la jurisprudencia, y al efectuar un control normativo, dar a conocer la manera en que la ley se interpreta y aplica de manera correcta (Hurtado, s.f.).

3. Rol de las salas penales de la Corte Suprema en la determinación de la pena: una mirada al fin dikelógico de la casación

Dentro del Estado peruano, el recurso de casación es de conocimiento de la Corte Suprema. Esto se deriva de la Constitución de 1979, que lo regula por medio del artículo 241: «corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala». Repárese en que se le otorga dos atribuciones diferentes.

1 Cuando se recurría al Legislativo, en los términos planteados en el párrafo precedente, se estaba frente al Recurso de Urgencia Obligatorio. Este recurso se denominaba facultativo, cuando era el propio tribunal quien tenía alguna duda.

En materia penal, la primera recae en el recurso de nulidad incorporado por el Código de Procedimientos Penales, utilizado en todos los distritos judiciales del país².

Este código no es modificado para incluir el recurso de casación, pese a que la Constitución lo consideró en el marco de las atribuciones que otorga a la Corte Suprema. Esta última, en los términos del código en comentario, actúa como una suerte de segunda instancia. No obstante, es imposible equiparar el recurso de apelación con el de nulidad, aunque los efectos en la práctica son los mismos.

Según Doig, el Código de Procedimientos Penales de 1940 incorpora un sistema que no solo ofrece menos garantías, sino que además puede ser catalogado de «ilógico», lo que se traduce en que es «inversamente proporcional a la gravedad de la pena a imponer». En lo que se refiere a faltas y delitos que son menos graves, de competencia de los jueces penales, implementa el sistema de apelación. Mientras que habilita el recurso de nulidad, únicamente, para los delitos graves, competencia de las salas penales de las cortes superiores (2004, p. 194).

El recurso de nulidad es extraordinario. Ello se deriva de normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales. Así, según el artículo 298, la Corte Suprema puede declarar la nulidad en supuestos concretos que demarcan los alcances de este recurso:

- a) Si durante la instrucción o durante el proceso de juzgamiento se incurre en graves irregularidades, o se hayan omitido trámites o garantías que figuran en el marco de la ley procesal penal.
- b) Si el juez no es competente.
- c) Cuando se condena por un delito que no forma parte de la instrucción o del juicio oral o no se haya tomado en cuenta para instruir o juzgar algún delito que aparece en la denuncia, instrucción o acusación.

Aunque, se habla de la imposibilidad de declarar la nulidad cuando los vicios procesales pueden ser subsanados y que ello no afecte el sentido de la resolución.

La última autora en mención, cuando se pronuncia sobre el artículo 298, considera que este recurso «no tiene más efectos que el de retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio». Por ello, lo califica de recurso tasado y supeditado a requisitos, que, por ser

2 De manera concreta, es utilizado en los distritos judiciales de Lima y Lima Sur, en los que aún los procesos son tramitados bajo las normas contenidas en el Código de Procedimientos Penales. En los demás distritos judiciales, en los casos que fueron iniciados con el Código en mención.

especiales, no permiten que todos los recurrentes puedan acceder al mismo, «peculiar medio de impugnación» (2004, p. 193).

Ahora bien, en lo que respecta a la determinación de la pena, son mayores las potestades que tienen las salas penales de la Corte Suprema —no obstante, ello parezca contravenir la naturaleza de un recurso extraordinario—. En efecto, el artículo 300 del Código Procesal Penal, en casos en que el recurso es interpuesto por el Ministerio Público³, puede modificar la pena o medida de seguridad (aumentándola o disminuyéndola), cuando no correspondan en atención a la comisión del delito.

Se debe recordar, que la potestad discrecional de los jueces para determinar la pena no tenía límites —incluso de los supremos. El artículo 282 del Código de Procedimientos Penales establecía que, frente a la disconformidad entre los tres miembros del tribunal, en lo que respecta a la pena, se tenía que discutir y votar nuevamente, sobre los puntos en los que no se estuvo de acuerdo. Si durante la segunda votación se mantenía el desacuerdo, la pena intermedia es la que debía imponerse. Es decir, aquella por la que votó el miembro en desacuerdo, con los que emitieron voto por una pena superior o inferior.

Repárese, que recién el año 2013 se incorporan modificaciones al Código Penal, estableciendo parámetros objetivos a ser utilizados para la determinación de la pena.

El artículo 45 del código mencionado en el párrafo precedente, relativo a los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, antes de la entrada en vigencia de la Ley n.º 30076, disponía que el juez debía tener en cuenta tres aspectos fundamentales: las carencias sociales; la cultura y costumbres; y los intereses que pudiera tener la víctima, su familia y las personas que dependen de ella.

Mientras que el artículo 46 del mismo cuerpo normativo establecía que para determinar la pena, los jueces debían hacerlo dentro de los límites fijados por la ley. Con tal fin, correspondía tomar en cuenta tanto la responsabilidad, como la gravedad del delito cometido, siempre que no formen parte del mismo o hagan viable la modificación de la responsabilidad⁴.

3 Cuando son los sentenciados quienes interponen el recurso, la pena puede ser únicamente confirmada o reducida.

4 En este contexto, se debían tomar en cuenta varios supuestos: la naturaleza de la acción; los medios que se emplearon para la comisión del delito; la importancia de los deberes que fueron transgredidos; la extensión del daño producido o peligro causado; circunstancias de tiempo, modo y ocasión; los móviles y fines empleados; la pluralidad o unidad de agentes; edad, educación situación económica y medio social; la reparación que de manera espontánea hubiese efectuado del daño ocasionado; la confesión, materializada antes que sea descubierto; las condiciones personales y circunstancias que permitan conocer al agente; y la habitualidad del agente al delito.

Esta situación cambia sustancialmente a través de la Ley n.º 30076. En efecto, introduce el artículo 45-A estableciendo etapas concretas: identificación del espacio punitivo de determinación en atención a la pena prevista en abstracto y división en tres partes; determinación de la pena concreta en mérito a los tercios establecidos; y aplicación de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas.

No se debe perder de vista que el artículo único del Decreto Legislativo n.º 1237 modifica el artículo 46 del código mencionado, especificando circunstancias atenuantes y agravantes, según las que se dispone el sistema de tercios, lo que va en sintonía con el artículo 45-A.

Es en atención a estas normas que actualmente se pronuncian las salas penales de la Corte Suprema, cuando resuelven recursos de nulidad, por los que se cuestiona la pena. Aunque ello no está exento de controversia. En efecto, no todos los jueces consideran posible aplicar el sistema de tercios, al haber sido incluido por normas emitidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales, lo ideal sería evaluar cada caso concreto, debido a que existe la posibilidad de que a través del mismo se favorezca al reo.

Por muchos años el recurso de nulidad tuvo absoluto protagonismo. Recién el 2004 nace el recurso de casación en materia penal, al haber sido incluido en el Código Procesal Penal. Lo que está en concordancia con el artículo 141 de la Constitución de 1993: «Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley»⁶.

El recurso de nulidad desaparece del sistema normativo vinculado al nuevo proceso penal de corte acusatorio. En este sentido, es el recurso de apelación el que permite la materialización de la pluralidad de instancias. La casación se erige como recurso extraordinario, destinado a resolver casos en los que se produce una infracción normativa⁷.

5 Además, incorpora al artículo 45 elementos como: el abuso del cargo utilizado; la posición económica; la formación que tiene; el poder; y el oficio, profesión o función que desempeña en la sociedad.

6 No se debe olvidar que la Corte Suprema aún se pronuncia como última instancia en el proceso por delito de función atribuido a otros funcionarios públicos.

7 Ver las causales establecidas en el artículo 429 del Código Procesal Penal. Concretamente, se puede considerar la aplicación indebida, que se presenta cuando pese a entenderse los alcances y significado que tiene la norma, es aplicada en un caso que no contempla. Por otro lado, existe diferencia entre aplicación indebida y errónea, si se toma en cuenta que esta última se genera cuando siendo la norma la que corresponde para resolver el caso, es entendida de manera equivocada, y aplicada sin que ello sea advertido (Velasco, 1994, pp. 53-54). Sin olvidar que la inaplicación de la norma implica el desconocimiento de su existencia o del valor para ser utilizada al resolver un caso concreto.

Sin embargo, existe un punto de quiebre, traducido en que la norma contenida en el artículo 433 del Código Procesal Penal permite que las salas supremas vayan más allá de la función nomofiláctica y uniformadora de la casación⁸.

Por un lado, se le otorga la potestad de declarar fundado el recurso, pudiendo pronunciarse por la nulidad, pero además decidir por sí el caso —la restricción se centra en que no sea necesario un nuevo debate. De optarse por la anulación sin reenvío, los jueces supremos se podrán pronunciar sobre el fondo, en la misma sentencia, dictando el fallo que reemplazará el recurrido.

En este punto, es relevante considerar lo planteado por Navarro, para quien el origen de la casación penal es «ineludible» si se busca comprender cuáles son los fundamentos de «su dogmática tradicional» en lo que respecta a la prohibición de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la instancia correspondiente (2009, p. 237). Como se mencionó, inicialmente predominó la finalidad política de la casación: tenía preeminencia la vigencia de la ley y la uniformidad en la interpretación que de la misma se efectuaba. El interés individual, de orden procesal, estaba indefectiblemente postergado.

Es evidente que a nivel normativo no existe claridad respecto a cuáles son los fines de la casación en materia penal. Ello sin duda trasciende al ámbito de la interpretación y aplicación de la norma por parte de las salas penales de la Corte Suprema.

No en vano se ha dicho, que actualmente es difícil afirmar que la diferencia existente entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* pueda conservar el sentido tradicional en el marco del recurso de casación⁹. Lo que trasciende al fin nomofiláctico y uniformador de la jurisprudencia (González-Cuellar, s.f., p. 55).

Basta con ver la cantidad de casos que llegan a la Corte Suprema, desestabilizando el fin uniformador de la casación. Es muy usual encontrar resoluciones absolutamente contradictorias dictadas por las mismas salas. En este sentido, como afirma Navarro (2009), ya no es correcto «defender la idea de limitar el recurso a los motivos necesarios para conseguir unos

8 Tómese en cuenta lo mencionado por Delgado (2009) respecto a la casación en España, en el sentido que este recurso tiene una función en la que se destaca la defensa *ius constitutionis* —función nomofiláctica vinculada a la salvaguarda y protección de la norma, y función uniformadora de la jurisprudencia, en lo relativo a la interpretación y aplicación de la norma—. Pero, además, la defensa del *ius litigatoris*, es decir, el vinculado al derecho que tienen los litigantes. En este contexto, resalta que el unificar la jurisprudencia es «sólo un bien», al posibilitar que los ciudadanos conozcan previamente «con cierta seguridad» las reglas que serán aplicadas para resolver una controversia que se pueda presentar (p. 351).

9 Sánchez, siguiendo a Llobregad, manifiesta que no es fácil definir el recurso de casación, debido a que los ordenamientos lo regulan de diversa forma. Sin embargo, en una aproximación, resalta un aspecto importante, traducido en que la casación existe con un fin sustancial, que implica otorgar protección al derecho fundamental de igualdad al aplicar la ley.

finos que no puedan ser alcanzados plenamente». Inclusive, la eliminación de sentencias contradictorias —hecho y prueba— encuentra una barrera cuando se limita el recurso de casación a las cuestiones de derecho (p. 246).

De manera similar, se pronuncia Pastor, citado por Navarro (2009), cuando señala que la función uniformadora requiere de la participación activa de la parte procesal interesada. Los tribunales supremos no pueden ejercer el control sobre todas las sentencias que son dictadas en las instancias de mérito, cuando desempeñan su rol. La interposición del recurso de casación es el que viabiliza su pronunciamiento. Por ello, afirma, de manera acertada, que la intención de otorgar protección al derecho vigente, por medio de la jurisprudencia que nace en el marco del trabajo de los tribunales, no debe ser el objetivo esencial de este recurso, porque ello está supeditado a la voluntad de quien se siente afectado con la emisión de una sentencia. En este espacio quedan sin control las infracciones existentes, pero no recurridas (pp. 245-246).

Esta posición, evidentemente, calza con la situación actual de la casación penal dentro del Estado peruano. Existe un número considerable de recursos de casación interpuestos. Si bien, es viable siempre que se presente una infracción normativa —las improcedencias por no alegar la misma son bastante frecuentes—, ello parece no tener trascendencia, si se toma en cuenta que el pronunciamiento de las Salas Penales de la Corte Suprema va más allá.

En este contexto, no se puede omitir la existencia de puntos de encuentro con el sistema alemán y español. En el primer caso, el Tribunal de Casación puede decidir el conflicto sin necesidad de reenviarlo, lo que encuentra un límite en la imposibilidad de hacerlo sin un nuevo procedimiento. En el segundo caso, si el Tribunal Supremo decide casar la sentencia, debe resolver en base a lo que considere pertinente, se presenta un límite cuando se trata de un vicio in procedendo, que hace inevitable la devolución (Ramírez, s.f.).

Entonces, el punto neurálgico es el reenvío. Cuando se habla de determinación de la pena¹⁰ se está en un espacio de interpretación y aplicación de normas de orden material, por lo que el pronunciamiento de fondo es coherente. No sin razón, aunque en atención al proceso civil, se ha dicho que el sistema del reenvío se presenta cuando la Sala correspondiente decide casar la sentencia porque se generó la vulneración del derecho que

10 El Código Procesal Penal atribuye esta potestad únicamente a los jueces de primera y segunda instancia. En este último caso, lo hace en atención al recurso de apelación. De manera concreta, autoriza un pronunciamiento respecto a la sanción impuesta, en términos similares al Código de Procedimientos Penales, que lo hace en consideración al recurso de nulidad. Según el artículo 425. 3. b del primer Código en mención: «También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad».

se tiene al debido proceso, o cuando se hayan transgredido las normas que son esenciales para darle eficacia y validez a los actos procesales (Velasco, 1994, p. 56).

Sin perder de vista que el reenvío a efectos de determinación de la pena, dista de la garantía del principio de celeridad procesal. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el plazo razonable que figura en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser tomado en cuenta en relación al tiempo total que dura el procedimiento, hasta la emisión de la sentencia definitiva. En atención a ello, afirma que una «demora prolongada» puede significar una vulneración de las garantías judiciales. En efecto, el derecho de acceso a la justicia exige que una controversia sea resuelta en un tiempo que pueda ser calificado de razonable.

En esta línea, se pronuncia Canelo-Rabanal, citado por Jarama et al. (2019), al señalar que «la celeridad no es un concepto abstracto; muy por el contrario, es el alma al servicio de la justicia. La existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente la causa».

En este escenario, debe quedar proscrita la posibilidad de que una persona permanezca, por un tiempo excesivo, en estado de incertidumbre respecto a la pena que le será aplicada¹¹, sobre todo, cuando el recurso de casación se interpone para cuestionar la determinación que de la misma se efectuó en la instancia de mérito. Se agrava la situación, en los casos en que se materializa la ejecución provisional de la pena o cuando el imputado se encuentra en prisión preventiva, y se pretende alcanzar por medio del recurso de casación una pena suspendida en su ejecución.

Los cuestionamientos respecto a la utilización del fin dkelógico, pueden trascender al espacio de valoración de la prueba¹². Gimeno y Ortells, citados por Navarro (2009), se pronuncian señalando que el derecho al recurso permite que el condenado pueda pedir que la sentencia sea revisada, no solo en lo que se refiere a la aplicación de normas de orden sustantivo, como adjetivo, sino respecto al hecho que ha sido probado. Por ello, consideran que se debe efectuar una valoración de la prueba, como segunda instancia, teniendo pleno conocimiento del material probatorio aportado, lo que está

11 La pena es sin duda una parte neurálgica de la sentencia condenatoria. Esta determina el tiempo en el que estará restringido el derecho a la libertad de una persona.

12 Según el fundamento cuarto de la casación 276-2015/La Libertad, el Tribunal Supremo está obligado a tomar en cuenta que el material probatorio «es propio del análisis de las instancias». Sin embargo, se puede efectuar un análisis en sede casatoria, siempre que se contravengan reglas de la lógica, al efectuar el examen respectivo, o cuando se haya omitido la valoración de pruebas.

«vedado» para un tribunal de casación, por no haber presenciado la prueba directamente (pp. 242-243).

Repárese, en que asocian, de manera exclusiva, el pronunciamiento de fondo al recurso de apelación, en atención al principio de inmediatez. Ello trae a colación el recurso de nulidad instaurado por el Código de Procedimientos Penales, pues resulta bastante polémico que los supuestos del artículo 298, que viabilizan la nulidad, estén vinculados a lo que implica una infracción normativa, sin dejar espacio de manera expresa a una interpretación que permita evaluar cuestiones de fondo. Mientras que el Código Procesal Penal, al incorporar la casación, permite un pronunciamiento sin reenvío.

De este modo, se debe establecer si el ejercicio de determinación de la pena, asociado al recurso de casación, está facultado normativamente, y si es utilizado a nivel jurisprudencial. Si a nivel de la Corte Suprema se considera que es así, no se estaría frente a la dilucidación de una infracción normativa de forma exclusiva, se estaría frente a un pronunciamiento de fondo, que involucra los elementos que fueron utilizados para establecer el *quantum* de la pena —fin dikelógico. Con la atingencia, que prevalecerá la posibilidad de efectuar un pronunciamiento de fondo que se instaura normativamente, frente a la exigencia de justificar una infracción normativa, para que el recurso sea declarado procedente.

4. Materiales y método

Para recolectar los datos que permiten responder las interrogantes de investigación se utiliza la técnica de análisis documental. Técnica que posibilita examinar la argumentación que figura en casaciones y recursos de nulidad, emitidos por los jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema.

De manera concreta, se utiliza como materiales ejecutorias supremas del año 2019, que se encuentran en la página oficial del Poder Judicial. De las identificadas se seleccionaron aquellas en que la controversia gira en torno a la pena. Son tomadas en cuenta como ejemplo ilustrativo, las que ofrecen información relevante que permite observar de manera objetiva cuál es la posición de estas salas supremas respecto a la posibilidad de recurrir al fin dikelógico, para efectuar un ejercicio de determinación de la pena.

5. Resultados

Las salas penales de la Corte Suprema emiten de forma permanente casaciones y nulidades, dando respuesta a diversas pretensiones impugnatorias. Si bien, lo usual es rebatir la prueba, con la finalidad de alcanzar una absolución —se pretende incluso una revaloración de los medios probatorios. También

existen casos —aunque son los menos— en que se cuestiona el *quantum* de la pena establecido.

Ahora bien, a través del recurso de nulidad los jueces supremos pueden modificar la pena. El Código de Procedimientos Penales les otorga esa potestad, lo que no puede ser discutido, pues la propia Constitución permite que la Corte Suprema falle como última instancia. De este modo, cuando llega un caso en el que es cuestionada, se puede pronunciar efectuando un ejercicio de determinación de la pena.

El Recursos de Nulidad n.º 1886-2018/Lima permite ilustrar lo afirmado. De manera específica, el recurrente cuestiona la concurrencia de la tentativa, aceptación de cargos y conclusión anticipada. El juez *ad quem* valora estas circunstancias específicas al utilizar el sistema de tercios, que es lo que cuestiona la Sala Penal Permanente acertadamente. En atención a ello, disminuye los quince años de pena privativa de la libertad, al considerar, en el fundamento quinto, que puede efectuar «un nuevo esquema de dosificación penal». La Sala reconoce de manera tangible la potestad que le otorga el Código de Procedimientos Penales.

En la misma línea, se pronuncia la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pero a través de la Casación n.º 237-2019/Puno. Confirma la potestad que tiene de determinar la pena. Ello implica que para esta Sala está habilitado el fin dikelógico. De manera concreta, en el fundamento 6.4 señala que corresponde estimar el recurso de casación propuesto y reducir la pena en atención a la responsabilidad restringida del agente.

El ejercicio de determinación de la pena es tangible. En efecto, la Sala se pronuncia señalando que la pena mínima regulada en abstracto en el artículo 170 del Código Penal, para el delito de violación sexual, es de seis años de pena privativa de la libertad. En este contexto, al concurrir la eximente imperfecta traducida en la responsabilidad restringida, corresponde reducir la pena de manera prudencial e imponer cinco años de pena privativa de la libertad, según afirma.

En consecuencia, a nivel de la Corte Suprema, se habilita de manera tácita el fin dikelógico. Esta posición no debe ser cuestionada, incluso cuando se está frente a nueva pena sin posibilidad de impugnación. En este supuesto, el rol del máximo Tribunal de Justicia no debe estar centrado en establecer si se produjo o no una infracción normativa, que en este caso podría ser la indebida motivación. El reenvío sería más perjudicial, pues implicaría un nuevo juicio oral destinado de manera exclusiva a que se pueda determinar la pena nuevamente.

Además, es innegable que la idea inicial que se tenía respecto a los fines de la casación ha ido cambiando. El fin procesal asoma con fuerza. En palabras de Pastor citado por Navarro «las connotaciones políticas de uniformidad interpretativa no pueden prevalecer frente al interés individual y concreto del afectado por la sentencia recurrida» (p. 246).

Para reforzar lo afirmado, se puede centrar la atención en la Casación n.º 186-2019/Junín. En efecto, en el fundamento vigésimo, la Sala Penal Permanente señala de manera expresa que la sentencia de vista aplicó indebidamente normas legales sustantivas, por lo que ampara el recurso de casación interpuesto.

En tal sentido, en sus propios términos, actuando en sede de instancia, decide reformar la sanción de treinta años de pena privativa de la libertad impuesta. De manera concreta, casa la sentencia de vista, revocándola sin reenvío, imponiendo la pena de veinticinco años de pena privativa de la libertad.

La posibilidad de recurrir al fin dikelógico no se presenta en igualdad de condiciones cuando se cuestiona el *quantum* de la pena, frente a los casos en que la discusión se centra en la valoración de la prueba. En el primer supuesto su aplicación está exenta de dificultades¹³.

Ello se advierte de la última casación analizada. En efecto, el imputado alega como infracción normativa, la indebida interpretación y falta de aplicación de la norma contenida en los artículos 15 del Código Penal (error de comprensión culturalmente condicionado) y 22 del mismo cuerpo normativo (responsabilidad restringida por la edad).

La Sala Penal Permanente decide modificar la pena, para ello toma en cuenta el marco conminatorio abstracto. En este caso, se está frente al delito de violación sexual (al momento de los hechos la pena era no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad) y al delito de homicidio calificado (al momento de los hechos la pena era no menor de quince años de pena privativa de la libertad).

Los jueces supremos centran su atención en la responsabilidad restringida por la edad, descartando la solicitud de disminución del *quantum* de la pena basado en lo dispuesto en el artículo 15.

13 No se debe olvidar que la impugnación se funda en una necesidad traducida en «disminuir la posibilidad de injusticia» que tiene como base los errores que se puedan cometer judicialmente (Jordán, s.f., p. 71). Sin embargo, ello no implica aceptar la posibilidad de revisar las decisiones indefinidamente. Ello constituye algo imposible de realizar, como señala Monroy (1992), de manera acertada, es «una utopía» (p. 21).

De manera concreta, refieren que la edad del imputado fue tomada en cuenta por el juez de primera instancia para efectuar una reducción de la cadena perpetua, solicitada por el Representante del Ministerio Público, a veinte años de pena privativa de libertad.

Posición que descartó el juez *ad quem*, pues al resolver sobre el *quantum* de la pena, hace referencia a la configuración de un concurso real de delitos, sosteniendo que en ese contexto la pena a aplicarse era de treinta y cinco años —máxima pena temporal establecida en nuestro ordenamiento. Esta fue reducida, en atención a la responsabilidad restringida por la edad, imponiéndose treinta años de pena privativa de libertad.

En este contexto, la Sala Suprema considera que «no existe infracción o vulneración al aplicarse el artículo 22 del Código Penal». Su atención se centra en otra eximente imperfecta de responsabilidad penal, que es el retardo mental leve que padece el imputado, que fue indebidamente considerado como parte del error culturalmente condicionado. Además, advierte el concurso real de delitos, no tomado en cuenta.

En este escenario, considera que el ejercicio de determinación de la pena efectuado en segunda instancia no es correcto. Sustenta su posición, señalando que, al determinar la pena concreta en casos como este, se debe tomar en cuenta el procedimiento que se basa en reglas derivadas del que se denomina «principio de acumulación». A partir de ello, se debe producir la identificación tanto de la pena básica, como la pena concreta parcial, en atención a cada delito. Para ello, aplicará las circunstancias que repercutan «en la concreción de la pena», como si se tratara de hechos individuales, que deban ser enjuiciados de forma independiente.

Como afirma la Sala Suprema, en una segunda etapa se debió proceder a sumar las penas concretas parciales, para tener la pena concreta total del concurso. Aclara, que el juez *a quem* debió utilizar las circunstancias de disminución de pena, antes de efectuar la sumatoria de las concretas establecidas por el delito de violación sexual y homicidio calificado, no después, como efectivamente lo hizo.

De este modo, procede a realizar el siguiente ejercicio de determinación de la pena tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Código Penal:

Tabla 1

Determinación de la pena efectuada por la Sala Penal Permanente en la casación 186-2019/Junín

Delito	Pena establecida
Violación sexual	Partiendo del mínimo legal previsto de treinta años de pena privativa de la libertad, se deben reducir seis años por cada una de las circunstancias de disminución de la pena -artículos 21 y 22 del Código Penal. La reducción total asciende a doce años de pena privativa de la libertad. Siendo la pena concreta parcial dieciocho años de pena privativa de la libertad.
Homicidio calificado	Partiendo del mínimo legal previsto de quince años de pena privativa de la libertad, se deben reducir seis años por cada una de las circunstancias de disminución de la pena —artículos 21 y 22 del Código Penal. La reducción total asciende a ocho años de pena privativa de la libertad. Siendo la pena concreta parcial siete años de pena privativa de la libertad.
Sumatoria	La pena que deriva del concurso real, asociado a los delitos de violación sexual y homicidio calificado es de veinticinco años de pena privativa de la libertad.

Como es evidente, la Sala Penal Permanente contaba con todos los elementos para determinar la pena. Incluso su trabajo fue más técnico, en tanto se utilizaron todas las herramientas contenidas en el Código Penal —se visualiza un manejo adecuado de las circunstancias atenuantes privilegiadas. Por ello, se reafirma la posibilidad de resolver sin reenvío.

6. Discusión

La Constitución de 1993 otorga a la Corte Suprema la potestad de pronunciarse en última instancia y en mérito al recurso de casación. Aunque el rol que le otorga en ambos supuestos no está claramente diferenciado, pues del texto del artículo 141 no se desprende cuáles son los fines de la casación. Si bien, el nomofiláctico y uniformador están presentes indefectiblemente, existe el fin dikelógico, que se desliza a través de normas de rango legal y la jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema.

En el caso de la determinación de la pena, la infracción que podría ser alegada para interponer un recurso de casación, estaría vinculada a la aplicación indebida, errónea interpretación o falta de aplicación de normas contenidas en el Código Penal. La evaluación de una debida motivación juega un rol fundamental, pues a través de ella se evidencia lo antes señalado.

En definitiva, a nivel de la Corte Suprema se considera posible la modificación de la pena impuesta. Aunque ello implique equiparar el recurso de casación al de nulidad, que es lo que la jurisprudencia de sus salas penales deja en evidencia.

En concreto, en el recurso de nulidad que se analizó en los párrafos precedentes, se habla de la posibilidad de efectuar un nuevo esquema de dosificación penal. Pronunciamiento que va en la misma línea del que figura en la Casación n.º 237-2019/Puno y la Casación n.º 186-2019/Junín. En efecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señala que puede reformar la sanción, actuando en sede de instancia.

Por ello, se puede afirmar que el fin dikelógico de la casación, a efecto de determinar judicialmente la pena, es incorporado dentro del sistema por medio de la jurisprudencia de sus Salas Penales. Queda aún la incertidumbre normativa respecto a los fines de casación penal, si se toma en cuenta que el Código Procesal Penal introduce como requisito para declarar procedente el recurso, la existencia de una infracción a la norma, pero al momento de resolver, autoriza un pronunciamiento sin reenvío. Así, queda en evidencia, que el interés privado se conecta con la intención de satisfacer la finalidad pública de la casación.

7. Conclusiones

A nivel constitucional, se otorga a la Corte Suprema la potestad de fallar en casación, la que está vigente desde el año 1979. Sin embargo, es incorporada recién con el Código Procesal Penal de 2004. Por ello, las Salas Penales de la Corte Suprema se abocaron al recurso de nulidad, actuando como una suerte de segunda instancia por mucho tiempo, lo que incluso se mantiene en la actualidad, en relación a los casos en que aún se viene aplicando el Código de Procedimientos Penales.

Si bien, el propósito del recurso de nulidad estuvo claramente establecido por medio del código mencionado. Los fines de la casación nunca lo estuvieron a nivel normativo. Ello se refleja en la jurisprudencia de las salas penales de la Corte Suprema, cuando su pronunciamiento va más allá de los fines nomofiláctico y uniformador, para centrar su atención en cuestiones vinculadas al caso concreto, fin dikelógico. En este escenario, se plasma de manera tangible la evolución del recurso de casación.

Lo afirmado se sustenta en que el Código Procesal Penal incorpora normas que siembran una duda respecto a cuáles son los fines de la casación penal dentro del Estado peruano. Por un lado, obliga al recurrente a justificar la existencia de una infracción normativa, como requisito indispensable para dar viabilidad a la interposición de este recurso. Mientras que, por otro lado,

permite un pronunciamiento sin reenvío, lo que obliga al tribunal supremo a revisar cuestiones de fondo, sin que ello pueda estar desvinculado de la determinación de una correcta interpretación y aplicación de la norma.

Así, lo han entendido las salas en mención en lo que respecta a la determinación de la pena. En efecto, no es usual que se produzca el reenvío — indebida motivación. La pena es modificada utilizando todas las herramientas que otorga el Código Penal, como si se tratara del juez *a quo* o juez *ad quem*. Lo que permite equiparar el recurso de nulidad al de casación en este punto.

Es evidente que los fines uniformador y nomofiláctico van de la mano con el dikelógico. Se puede incluso afirmar que este último está quitando protagonismo a los dos primeros.

Queda claro entonces, que sí es posible aplicar el fin dikelógico de la casación, sin dificultad alguna, cuando se cuestiona la determinación de la pena efectuada. El principio de celeridad procesal justifica esta posibilidad. Además, que el juez supremo contará con elementos para justificar su posición de manera idónea.

Referencias

- Congreso de la República del Perú (1939, noviembre 23). Código de Procedimientos Penales (Ley n.º 9024).
- Congreso de la República del Perú (1991, abril 3). Código Penal (Decreto Legislativo n.º 635).
- Congreso de la República del Perú (1979, julio 12). Constitución de 1979.
- Congreso de la República del Perú (1993, diciembre 29). Constitución de 1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>
- Corte Suprema de la República. (2019, junio 17). Recursos de Nulidad n.º 1886-2018/Lima
- Corte Suprema de la República. (2020, octubre 13). Casación n.º 186-2019/Junín.
- Corte Suprema de la República. (2020, septiembre 2). Casación n.º 237-2019/Puno.
- Delgado, J. (2009). Historia de la Casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*. Segundo semestre, 345-367.
- De León, H. (s.f.). *El recurso de casación penal* (tesis de doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona.
- Doig, Y. (2004). *El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_10.pdf
- Glave, C. (s.f.). *El recurso de casación en el Perú. Derecho y sociedad*. (38), 103-110.
- González-Cuellar, N. (s.f.). *Los fines de la casación en el proceso civil*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552472>
- Hurtado, M. (s.f.). *La casación penal*. <https://fideley.es.tl/La-casaci%F3n-civil.htm>
- Hualde, I. (2017). Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de casación civil francés. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. (9) 1, 161-214.

- Jarama, Z., Vásquez, J., y Durán, A. (2019). El principio de celeridad en el Código Orgánico General de Procesos, consecuencias en la audiencia. *Universidad y Sociedad*. 11 (1), 314-323.
- Jordán, H. (s.f.). Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional. *Foro Jurídico*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18379/18621/>
- Monroy, J. (1992). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. *Ius Et Veritas*, 3(5), 21-31.
- Navarro, J. (2009). El recurso de casación penal. Nuevos enfoques. *IUS*, (24), 236-253.
- Paz, C. (s.f.). *El recurso de casación civil: antecedentes históricos y perfil actual*.
- Ramírez, M. (s.f.). ¿Casación o recurso de nulidad? *Ius et Veritas*. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15402>
- Recursos de Nulidad n.º 1886-2018/Lima
- Sánchez, A. (2017). La casación de oficio en la reciente doctrina jurisprudencial. *Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Velasco, F. (1994). La casación civil. *Derecho*. (48), 51-56.