



Sumilla: Se debe realizar audiencia si se producen los supuestos fácticos contemplados en los incisos 3 y 4 del artículo 491 del CPP, máxime, si la pretensión está referida a la realización de un control de convencionalidad y es necesario garantizar la instancia plural. Su omisión es causal de nulidad debido a que afecta principios como el acceso a la justicia, el derecho de defensa, el principio acusatorio (actuación del Ministerio Público), el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

AUTO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN N.º 3

Lima, veintinueve de julio de dos mil veinte

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación formulado y sostenido por escrito por la defensa técnica del sentenciado don **RICARDO CHANG RACUAY**, con los recaudos adjuntos y las precisiones efectuadas en la citada audiencia.

Interviene como ponente en la decisión el señor **NEYRA FLORES**, juez de la Corte Suprema e integrante de la Sala Penal Especial (en adelante, SPE).

I. DECISIÓN CUESTIONADA

Viene en grado de apelación el auto (folios 679-708) emitido por el señor juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, JSIP), de fecha 5 de junio de 2020, que resolvió:

I. RECHAZAR DE PLANO la solicitud presentada por la defensa técnica del sentenciado Ricardo Chang Racuay, condenado por el delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios - Cohecho Pasivo Específico, en agravio del Estado.

II. DECLARAR IMPROCEDENTE la conversión de pena privativa de la libertad efectiva de cinco (5) años, siete (meses) y quince (15) días, en ejecución, por la pena de vigilancia electrónica personal.

III. DECLARAR IMPROCEDENTE el CONTROL DE CONVENCIONALIDAD y CONTROL DIFUSO respecto al literal c del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 y segundo párrafo del literal b del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300.

[...]

II. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DEL JSIP

2.1. El JSIP rechazó de plano la solicitud de conversión y declaró improcedentes los pedidos de control de convencionalidad y control difuso, presentados por la defensa técnica del condenado Chang Racuay, por las siguientes razones:

2.1.1. Al ser condenado por el delito de cohecho pasivo específico, por mandato expreso de la ley (Decretos Legislativos N.ºs 1300 y 1322), la conversión de la pena en otra forma de ejecución es manifiestamente improcedente.

2.1.2. Si bien se pretende que se realice un control de convencionalidad, se debe considerar que:

i) Existe un marco normativo sobre el contexto de pandemia que reconoce los problemas y riesgos de esta. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Resolución N.º 1/2020, del 10 de abril de 2020, denominada Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, que formula recomendaciones a los Estados miembros. Frente a las recomendaciones efectuadas al Estado peruano, el Poder Judicial emitió sendas resoluciones, en virtud de las cuales se da atención a pedidos de los litigantes.

ii) Las normas que se pretenden inaplicar no han sido emitidas durante la pandemia, son previas y contra ellas no existe declaratoria de inconstitucionalidad.

iii) No se sustentó ni acreditó que las condiciones de reclusión como: alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, se hayan visto afectadas; menos que el condenado no cuente con atención médica si es que lo requiriese; tampoco se acreditó que no se hayan adoptado las medidas de seguridad y orden o que el condenado haya sufrido alguna restricción indebida.

iv) De las notas de prensa del Instituto Nacional Penitenciario, se advierte la implementación de las medidas adoptadas por el Estado

peruano en los establecimientos penitenciarios para hacer frente a la pandemia.

v) El solicitante no especificó la disposición del tratado que no se está cumpliendo con las normas que prohíben la conversión de pena para sentenciados por delito de cohecho.

vi) La pena privativa de libertad es una pena legal en nuestro ordenamiento jurídico y, por efecto del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, no se puede dejar sin efecto una resolución que posee autoridad de cosa juzgada ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. La pena del condenado se viene cumpliendo en sus propios términos, la que fue resultado del acuerdo mediante el proceso especial de terminación anticipada y frente a la pandemia del COVID-19 se están implementando una serie de medidas sanitarias para prevenir y mitigar su contagio.

vii) El Perú ha suscrito convenios internacionales en materia de corrupción y forma parte de organismos internacionales que buscan implementar estos instrumentos.

viii) Las prohibiciones de aplicación corresponden a una política anticorrupción y son parte del cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Perú. El propio Tribunal Constitucional señala que la lucha contra la corrupción es consagrada como un principio constitucional. Por todo ello, no existe justificación para efectuar un control de convencionalidad.

2.1.3. Sobre el control difuso, este es excepcional y se aplica en caso de conflictos de normas y para efectos de preservar la primacía de las normas constitucionales, pues, en principio, se presume la validez constitucional de las leyes, por lo que, quien cuestiona su legitimidad, debe demostrar su inconstitucionalidad.

Las pautas vinculantes de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema se encuentran en el Segundo Tema del Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo, aprobado por Resolución Administrativa N.º 440-2015-P-PJ, del 13 de noviembre de 2015: **a)** Presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad. **b)** Juicio de relevancia. **c)** Labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma. **d)** Identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el

grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad. En ese sentido:

i) Las normas cuestionadas en el presente caso se presumen válidas, además, son relevantes para el caso en concreto.

ii) Respecto a la interpretación, las normas de prohibición son claras y se condicen con el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que establece la legalidad de la pena.

El artículo V del acotado Código establece la competencia del juez penal y la garantía de ejecución de resoluciones judiciales firmes que deben cumplirse en la forma en que fueron impuestas.

Las normas cuestionadas establecen excepciones y tratamiento diferenciado, en ese contexto, la regla general es que las sentencias se cumplan en sus propios términos, de ahí que el trato diferenciado es la posibilidad para algunos sentenciados de egresar del establecimiento penitenciario antes del cumplimiento total de la pena impuesta primigeniamente, supuesto que se sustenta en los fines de la pena, por ello, su aplicación dependerá de las particularidades del caso y el sentenciado, lo que debe ser evaluado y motivado por el juez, en consecuencia, los Decretos Legislativos N.ºs 1300 y 1322 distinguen que algunos sentenciados que hayan incurrido en delitos de corrupción de funcionarios no serán comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal y la sentencia con calidad de cosa juzgada.

iii) Con respecto al derecho a la igualdad, la exclusión se encuentra dentro de la política criminal del Estado peruano de lucha contra la corrupción. Asimismo, no genera desigualdad alguna en el sentenciado porque cumplirá y está cumpliendo la sentencia en los términos en que fue dictada y constituye cosa juzgada. Respecto a la pandemia del COVID-19, que afecta a todos los seres humanos, el Estado peruano ha implementado y viene implementando una serie de medidas sanitarias de obligatorio cumplimiento en tanto el riesgo de contagio no solo ocurre *intra* muros, sino también fuera.

iv) Estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que las normas en ninguna de sus regulaciones evidencian supuestos de inconstitucionalidad.

v) Estas normas eran de conocimiento del condenado, quien se sometió voluntariamente a la terminación anticipada y a la sentencia condenatoria impuesta.

2.1.4. Otra medida que se podría aplicar al sentenciado es la remisión condicional de la condena, regulada por el Decreto Legislativo N.º 1513, de 04 de junio de 2020, pero dicho beneficio es improcedente para el delito por el cual fue condenado.

III.FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN Y PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

3.1 La defensa técnica del investigado don **RICARDO CHANG RACUAY** interpuso recurso de apelación mediante escrito (folios 731-812), mediante el cual alega básicamente los siguientes argumentos:

3.2. SOBRE CUESTIONES DE FORMA

i) La resolución recurrida rechazó su pedido mediante una declaración de improcedencia, decisión que se tomó solo por razones de defectos formales, por lo que los fundamentos que la sustentan deben referirse a ese tipo de errores; no obstante, al leer íntegramente la resolución, se constata que el juez ha realizado estimaciones o valoraciones de fondo respecto a su pedido.

ii) Si bien el juez de primera instancia declaró que su pedido es manifiestamente improcedente (porque está legalmente establecido que, para casos en que se imputa el delito de cohecho pasivo específico, no procede la conversión de la pena), este aspecto no fue materia de discusión de su solicitud inicial. Al contrario, la defensa se sustentó en la garantía de ejecución contenida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal y normas internacionales vinculadas al control de convencionalidad y control difuso para —en este caso— no aplicar la prohibición de concesión de la conversión en razón del riesgo real e inminente a la vida, salud e integridad del condenado, debido al contexto actual de pandemia ocasionado por el brote del COVID-19, que ha convertido en ilegítima la ejecución efectiva de su pena privativa de libertad, pues, para el condenado, podría ser una pena de muerte al ser parte de un grupo de riesgo respecto de la enfermedad. Señala que esta es una problemática *sui generis* a causa de una alteración sobrevenida no imputable al sentenciado.

iii) La resolución adolece de motivación sustancialmente incongruente, toda vez que el juez de primera instancia no contestó una pretensión planteada, esto es, la segunda pretensión alternativa, que consiste en que se ordene cualquier otra medida de carácter transitorio que efectivice el egreso inmediato del condenado.

iv) La resolución adolece de falta de motivación, pues se ha tergiversado los hechos expuestos y la finalidad de la solicitud promovida; además, no ha verificado la existencia del sustento del grupo de riesgo al que pertenece el condenado y su alto grado de vulnerabilidad frente a la pandemia; y no se ha valorado ninguno de los anexos de su solicitud, que corroboran su grave estado de salud.

3.3. SOBRE CUESTIONES DE FONDO

i) La Organización Mundial de la Salud determinó que el COVID-19 es una pandemia mundial, por ello, el Decreto Supremo N.º 008-2020-MINSA, emitido por el Ministerio de Salud, declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional; asimismo, el Decreto Supremo N.º 094-2020-PCM, de la Presidencia del Consejo de Ministros, resumió las circunstancias ocasionadas por la pandemia que el Perú está sufriendo en la actualidad. Además, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en sendas resoluciones, resolvió exhortar a todos los jueces de especialidad penal a resolver de oficio y/o a pedido de parte la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados de su libertad.

En ese contexto, la normativa pone de relieve que todos somos vulnerables al COVID-19, pero la vulnerabilidad aumenta cuando una persona se encuentra dentro los grupos de riesgo. La población de mayor riesgo son los adultos mayores y personas con enfermedades crónicas cardiovasculares o respiratorias, diabetes, hipertensión arterial u otra inmunosupresión específica, pues, por tener un sistema inmunológico más débil, tienen más probabilidad de padecer una enfermedad respiratoria y que esta se vuelva grave, aumentando así el riesgo de muerte. La Resolución Ministerial N.º 084-2020-MINSA, documento técnico "Prevención, diagnóstico y tratamiento de personas afectadas por Covid-19 en el Perú", del 7 de marzo de 2020, precisó qué personas integran grupos de riesgo para cuadros clínicos severos y muerte: personas mayores de 60 años, con comorbilidades

(hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedad pulmonar crónica, cáncer y otros estados de inmunosupresión).

Al respecto, el condenado adolece de un grave estado de salud con enfermedades incurables y conforma el grupo de riesgo para cuadros clínicos severos y muerte frente a la pandemia por el COVID-19, pues de la Historia Clínica N.º 2005028 de la Clínica Internacional se extrae que este posee: hipertensión arterial, fibrilación auricular, diabetes *mellitus* tipo 2, nefropatía diabética, insuficiencia renal crónica y obesidad III. Además, padece de otras complicaciones médicas como onicomiosis, onicogrifosis, onicocriptosis, psoriasis y estrés (por el temor de ser contagiado por COVID-19, por las consecuencias de la enfermedad, por saber que la unidad médica del centro penitenciario no se da abasto, por tener que convivir con los cuerpos de los fallecidos por este virus, que están cerca de él; por último, tiene hijos, lo que lo aflige porque no los volverá a ver).

ii) El JSIP señaló que el Instituto Nacional Penitenciario cuenta con todas las medidas sanitarias para mitigar cualquier riesgo en la salud y vida del condenado; no obstante, no se pronunció específicamente sobre la realidad que vive el condenado en el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro. En ese sentido, se debe considerar que, desde el 6 de enero de 2017, mediante Decreto Legislativo N.º 1325, se reconoce que nuestro país afronta una aguda crisis en los centros penitenciarios por el hacinamiento, la pésima infraestructura y su influencia en la salud, vida y seguridad de los propios internos, por lo que se declaró en emergencia al Sistema Nacional Penitenciario.

En la actualidad, esto se ha agravado por la pandemia del COVID-19; en ese sentido, los integrantes del Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal del Poder Judicial, mediante Informe N.º 009-2020-NOR-UETI-CPP-PJ, recomiendan tomar medidas urgentes para solucionar estos problemas en la población penitenciaria. Asimismo, por Oficio N.º 208-2020-INPE/01, del 7 de abril de 2020, el presidente del Consejo Nacional Penitenciario puso en conocimiento del presidente del Poder Judicial que había una considerable cantidad de internos y personal penitenciario contagiados e incluso fallecidos a consecuencia del COVID-19. El

propio JSIP, en la resolución del 4 de mayo de 2020, recaída en el Expediente N.º 2-2019-5-5001-JS-PE-01, cita decretos legislativos que señalan que las condiciones de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios convierten a los internos y agentes penitenciarios en focos de riesgo de contagio de enfermedades infecciosas como el COVID-19. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 05436-2014-PHC/TC-Tacna, declaró que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos a nivel nacional. Según el Instituto Nacional Penitenciario, se tiene un 380% de sobrepoblación.

Al respecto, la Recomendación 46 de la Resolución N.º 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas" (adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 10 de abril de 2020) determinó que se debe de asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión, pero sobre este documento no se ha pronunciado el juez.

Por último, el condenado refirió que en su celda han fallecido cuatro internos por COVID-19, lo que seguro se incrementará, además, debe considerarse que un gran porcentaje de la comunidad carcelaria en todo el país se encuentra contagiada y otros han fallecido por esta enfermedad. Tampoco se han tomado en cuenta los motines que se vienen generando en este penal, situación que el juez sí tuvo en cuenta en otra resolución (de 4 de mayo de 2020, recaída en el Expediente N.º 00002-2019-5-5001-JS-PE-01).

iii) No es cierto que no se acreditaran las condiciones de confinamiento y salud del condenado. Ello se acredita en la página 17 (apartado VII) de su escrito de solicitud inicial; además, acreditó las enfermedades del condenado con la historia clínica, informes médicos y documentación médica en general que anexó a su pedido.

iv) Contrario a lo que señala el JSIP, actualmente la ejecución de la pena del condenado no es adecuada, toda vez que pertenece a un grupo de riesgo mortal frente al COVID-19 y tiene alto grado de vulnerabilidad. La ejecución de la pena se ha vuelto lesiva, por lo que se requiere la intervención judicial, como se hizo en el caso Alberto Fujimori, recaído en el Expediente N.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, sobre control de convencionalidad. Por ello, no se cuestiona que se haya impuesto la pena, sino la ejecución de la misma. No se desea retardar ninguna pena, solo que se ejecute sin afectar la vida, salud e integridad del condenado.

v) La defensa no afirmó que la pena sea ilegal, tanto más si se acogió al proceso especial de terminación anticipada. Ello es así porque su pedido gira en torno a la ejecución de la pena en medio de la pandemia, con una persona en un grupo de riesgo con alto grado de vulnerabilidad; por lo que no debe seguir ejecutándose en un establecimiento penitenciario, pues lo que corresponde es convertirla en una pena alternativa de carácter no efectiva, sobre todo porque el Tribunal Constitucional declaró al sistema penitenciario en un estado de cosas inconstitucional.

vi) No ha cuestionado la gravedad de los delitos contra la administración pública, ni las razones de política criminal para establecer excepciones al otorgamiento de alternativas a la ejecución de la pena; sino que se fundamenta en el momento excepcional de pandemia que podría llevar a la muerte al condenado, lo que no es admisible por el principio de humanidad, además, que no se podría cumplir el principio de resocialización.

vii) No se va a solucionar el problema del condenado con una exhortación al Instituto Nacional Penitenciario, pues si este no cuenta con todos los mecanismos necesarios de salubridad e implementación médica para proteger y salvar vidas de sus propios funcionarios, con menor razón la tendrá para el condenado. Si este se contagia dentro del penal, no se podría cumplir con una atención médica adecuada con personal médico calificado.

viii) El juez no debió utilizar la Resolución Ministerial N.º 283-2020-MINSA, del 13 de mayo de 2020, para sustentar su resolución, pues esta tiene por finalidad modificar el documento técnico

“Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19”, lo que no tiene relación con su pedido, pues no se está evaluando el contexto de grupo de riesgo que enfrenta un trabajador, sino un interno, por lo que solo debe tenerse en cuenta el documento técnico “Prevención, diagnóstico y tratamiento de personas afectadas por Covid-19 en el Perú”. Así las cosas, el JSIP confunde un caso penal con uno laboral.

3.3.1. SOBRE EL CONTROL DIFUSO

- i) En este caso, no aplicar una norma por una circunstancia temporal, como la pandemia, puede significar la muerte del condenado, que, a pesar de su delito, sigue siendo una persona, con todos sus derechos, como el de su dignidad.
- ii) El JSIP, al valorar el control difuso, omitió el contexto de la pandemia y debió considerar la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la Consulta N.º 1618-20916-Lima Norte, que establece reglas para el ejercicio del control difuso judicial: **a)** Presunción de validez. **b)** Juicio de relevancia. **c)** Identificar norma del caso y efectuar una labor interpretativa exhaustiva. **d)** Identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto y hacer un test de proporcionalidad.

En ese sentido: **a.1)** la norma no es ilegítima, pero en el caso concreto existe infracción a la jerarquía a la norma constitucional al no haber alternativa a la forma de ejecución de la pena. **b.1)** La norma que se pretende no aplicar está vinculada al caso concreto porque excluye la posibilidad de acceder la vigilancia electrónica. **c.1)** En este caso, el trato diferenciado no tiene base en criterios razonables y objetivos, pues se le condena a una pena de muerte, sobre todo cuando el egreso del condenado no representa algún grado de peligrosidad. **d.1)** Sí se han citado los derechos involucrados en el caso: dignidad humana, vida, integridad física y psicológica, salud, a ocupar establecimientos adecuados, a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que se cumple la ejecución de una condena.

En cuanto a la proporcionalidad, la ejecución de la pena en cárcel ha dejado de ser idónea, al ser ilegítima por ser una pena de muerte.

Por tales circunstancias no es necesaria la ejecución en cárcel, se debe de convertir esta en una pena alternativa. Sobre la proporcionalidad estricta, el condenado no es peligroso: solo cometió un delito, el bien jurídico afectado es uno contra la administración pública, la modalidad fue solicitar un beneficio, el fin no era intercambio de dinero, coadyuvó a la justicia al someterse a la terminación anticipada y confesión sincera, facilitando el esclarecimiento de los hechos e identificación de otras personas, no se trata de un delito pluriofensivo, de sangre, contra la libertad, seguridad u otro similar.

No existiría peligro de fuga, pues estaría sometido a la vigilancia electrónica en un país que se encuentra en estado de emergencia, que limita la libertad de tránsito y existe cierre de fronteras; además, posee carácter de primario, pagó su reparación civil y multa, por lo que se prevé que no cometerá nuevo delito, es más, no puede cometer nuevo delito contra la administración pública, pues se encuentra vigente la pena de inhabilitación.

Asimismo, en el proceso consintió voluntariamente someterse a medidas de coerción, no ha promovido mecanismos legales dilatorios, no se le condenó como integrante de una organización criminal, es de profesión abogado, fue magistrado, sus hijos podrían tener una vida junto a su padre, por lo que se debe aplicar el interés superior del niño. Estas circunstancias deben ser mejor valoradas que la represión social por el delito cometido y las exclusiones normativas, por lo que no se debe aplicar la normativa referida.

iii) Existe un caso anterior donde no se aplicó el literal a) del artículo 3 de la Ley N.º 27770 por el delito de peculado (Consulta N.º 8427-2015-Puno, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema).

3.3.2. SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

i) Es falso que la defensa no haya especificado qué disposiciones de los tratados no se estén cumpliendo, pues ello obra en la página 29 de su escrito (apartado XI), que desarrolla lo referente al control de convencionalidad aplicable al caso concreto. Además, la defensa

claramente señaló que resulta contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) no otorgarle el acceso a una conversión de pena en ejecución de carácter efectiva por una alternativa.

ii) El control de convencionalidad fue reconocido por el propio JSIP, así como por el fallo recaído en la STC N.º 00156-2012-PHC/TC. Por ello, en el caso concreto, aplicando el control de convencionalidad, la Sala de Apelaciones solo puede verificar adecuadamente si existe compatibilidad entre las normas y prácticas jurídicas internas con la CADH y su jurisprudencia. Si se toma en cuenta que el contexto de pandemia ha impactado en la ejecución de la pena, se debe imponer una alternativa a la ejecución efectiva por razones de humanidad y evitar una futura responsabilidad internacional del Estado que tiene posición de garante frente a la vida del condenado.

Entonces, si bien por política criminal existen restricciones a la aplicación de los Decretos Legislativos N.ºs 1322 y 1300, el legislador no tuvo en cuenta la situación actual, pues el condenado es parte de un grupo de riesgo y se encuentra en un establecimiento penitenciario hacinado. Teniendo en cuenta este contexto, el JSIP no se pronunció por los derechos a la dignidad humana, vida, integridad física y psicológica, salud, a ocupar establecimientos adecuados, a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que se cumple la ejecución de una condena; por lo que estas omisiones son contrarias a la Convención.

iii) El propio JSIP ha utilizado antes criterios relacionados con la pandemia para resolver un incidente haciendo prevalecer la vida de una persona (Exp. N.º 00022-2019-5-5001-JS-PE-01). Si bien en ese caso se trata de un procesado y no un condenado, no se deberían hacer diferencias entre estos, pues el contexto de pandemia es el mismo para todos, por lo que tampoco deberían hacerse diferencias por los tipos penales por el que se sufre condena; incluso, en Argentina, a veintiséis condenados y procesados por delitos de lesa humanidad se les ha otorgado arresto domiciliario.

iv) La invocación que la defensa hace a los Decretos Legislativos N.ºs 1300 y 1322 no es porque estos se hayan emitido en razón de la pandemia o que no sean normas preexistentes, sino que se han invocado porque su petición se basa en el control de convencionalidad, en razón del contexto de la pandemia y el grupo de riesgo del condenado, pues las razones de política criminal en que se basaron aquellas exclusiones normativas no deben ser mejor valoradas que la vida de una persona.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES DURANTE LA AUDIENCIA

Con fecha 3 de julio de 2020, se realizó la correspondiente audiencia de apelación del auto impugnado. Las partes refirieron, básicamente, los argumentos que se presentan a continuación:

4.1 DEFENSA TÉCNICA DEL CONDENADO

Se reafirmó en sus pretensiones y agregó lo siguiente:

i) El JSIP no se ha pronunciado sobre el número de internos contagiados y de las muertes que existen por el COVID-19 en el penal Miguel Castro Castro. Prácticamente ha dado a entender que el establecimiento penal es como una clínica y que tiene todas las medidas de seguridad, cuando ello es falso.

ii) La defensa sustentó su pedido en los siguientes derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú: el derecho a la dignidad humana (artículo 1), derecho a la vida, (artículo 2), derecho a la integridad física y psicológica (artículo 2.1), el derecho a la salud (artículo 7), derecho a ocupar establecimientos adecuados (artículo 139.21) y el derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma de condiciones que se cumple la ejecución de una condena (artículo 139.21). Asimismo, indicó que la aplicación de las prohibiciones colisiona con los artículos 1 y 2 de la Carta Magna.

iii) El control de convencionalidad se aplica por efecto del artículo 55 y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. En el plano internacional, se debe aplicar con base en la CADH, la Recomendación 46 de la Resolución N.º 1/2020 y la

jurisprudencia recaída en la sentencia del 31 de enero de 2006, Caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia, y caso Suárez Peralta vs. Ecuador.

iv) Las exclusiones normativas no se plasmaron haciendo una proyección a realidades como las actuales. No se puede esperar que se promulgue una ley para recién dar una respuesta adecuada a esta problemática, pues el condenado podría morir.

4.2 MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público refirió que:

i) El JSIP examinó solo las bases legales de la pretensión del solicitante sobre la aplicación de la conversión de la ejecución de la pena, no la fundabilidad o infundabilidad; por lo que no hay pronunciamiento de fondo.

ii) Con respecto al control difuso, la defensa invocó el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, sobre la defensa de la persona humana, el respeto a su dignidad, así como los derechos a la vida y a la salud personal; no obstante, esta referencia normativa constitucional es general, no pertinente al caso concreto. No se ha identificado la norma concreta sobre el tratamiento carcelario o ejecución de penas a los condenados por delitos de corrupción de funcionarios; por lo que no existe base normativa para realizar un examen de control difuso.

iii) Sobre el control de convencionalidad, se aduce como fundamento habilitante la Recomendación 46 contenida en la Resolución N.º 1/2020, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que indica que se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión; sin embargo, estas recomendaciones no resultan vinculantes, son solo sugerencias. Lo que sí es vinculante son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero ninguna de ellas tiene alguna relación con el tratamiento de personas condenadas por delitos de corrupción de funcionarios y vinculadas a la figura de conversión de pena. Asimismo, no se ha enunciado ninguna norma de la Convención relacionada a este mismo tema. Por último, sobre este punto, el contenido normativo de la Recomendación 46 se

dirige a evaluar las solicitudes de beneficios penitenciarios y medidas alternativas a la pena, esto es, cuando la persona va a ser sentenciada no se hace mención a la figura dogmática de la conversión de la pena.

iv) No se ha citado alguna norma de la CADH, el Pacto de San José, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, las Reglas de Brasilia ni las Reglas Mínimas de Tratamiento de Reclusos (Las Reglas Mandela) sobre el tratamiento de personas condenadas por delitos de corrupción.

v) Sobre el principio de garantía de ejecución de la pena, este precepto penal atañe a controlar y verificar que la sanción impuesta se esté ejecutando conforme a ley, como viene sucediendo en este caso; por lo que no hay motivos para la aplicación del control difuso, ni del control de convencionalidad.

vi) La fórmula legislativa que se busca no aplicar se ha mantenido en la redacción de los Decretos Legislativos N.ºs 1513 y 1514, incluso en el proyecto de ley de la Corte Suprema sobre remisión condicional de la pena se señalaba expresamente que se excluyen de su ámbito de aplicación los delitos graves que afectan seriamente la seguridad colectiva y los que causan grave alarma social, lo que ocurre en el caso del artículo 395 del Código Penal y, en específico, por los hechos por los cuales fue condenado Chang Racuay.

vii) La defensa no ha acreditado sus afirmaciones como que el condenado ha tenido que convivir en muchas ocasiones con cuerpos de fallecidos. Además, la Primera Fiscalía Suprema Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios a cargo del caso, ha cursado sendos oficios a la Presidencia del INPE a fin de que se tomen las medidas necesarias en su ambiente para evitar el contagio que ponga en riesgo su salud y también se le ha pedido un informe de cuáles son las condiciones carcelarias en las que se encuentra actualmente.

viii) El contagio no solamente está dentro del penal sino también afuera.

ix) Un pedido de la defensa tiene que ser un pedido concreto, no dejar al albedrío del magistrado el resolver su caso.

4.3 DEFENSA MATERIAL DEL CONDENADO

El condenado Chang Racuay refirió que:

i) Está por cumplir 65 años de edad y padece de varias enfermedades crónicas, degenerativas e incurables que anteriormente detalló. Reitera que forma parte del grupo de personas con alta vulnerabilidad y, en caso de contraer el COVID-19, tendría un desenlace fatal.

ii) Dentro del penal no existe ninguna garantía médica, ni para un enfermo por COVID19 ni para un paciente de otra enfermedad: no hay médicos, no hay medicinas, para poder obtener una cita médica se demora de tres a cuatro meses y él necesita un control periódico.

iii) Él se sometió a un proceso especial de terminación anticipada y efectuó una confesión sincera. No quiere evadir la pena, solo solicita que se cumpla, pero con el uso de grilletes electrónicos. Lo que desea es poder cumplir su pena, pero en condiciones que le permitan seguir viviendo. Tiene tres hijos pequeños, dos de siete años y uno de doce, y cada día que pasa piensa que no los volverá a ver.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO (EN ADELANTE, SN)

En esta sección se expondrán las normas vinculadas al pronunciamiento de esta SPE.

1.1 El numeral 1 del artículo 8 de la CADH establece que es derecho de toda persona ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la

ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene similar contenido en el artículo 14.1.

- 1.2** El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, establece que las causas deben ser dirimidas con una serie de garantías en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado.
- 1.3** El literal 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos resguarda que ninguna persona privada de libertad no sea tratada humanamente, al contrario, debe ser con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- 1.4** El artículo 14 del citado pacto internacional reconoce una serie de derechos procesales en el ámbito penal, tales como: la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.
- 1.5** El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que la corrupción genera una serie de graves problemas y amenazas a la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.
- 1.6** A su vez, el preámbulo de la Convención Americana contra la Corrupción establece que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.
- 1.7** El numeral 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es la pluralidad de instancia.
- 1.8** El numeral 14 del artículo 139 de la Carta Magna determina que es un principio de la función jurisdiccional el de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

- 1.9** El artículo 55 de la Constitución Política del Perú señala que los tratados celebrados por el Estado, y en vigor, forman parte del derecho nacional. Asimismo, su cuarta disposición final y transitoria establece, para el ordenamiento jurídico peruano, que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.
- 1.10** La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, establece que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. De ahí que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución, así como del orden democrático previsto en el artículo 43 del mismo instrumento.
- 1.11** El numeral 1 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) establece el inviolable e irrestricto derecho de toda persona a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. Asimismo, deja claro que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
- 1.12** El artículo 149 del CPP presenta el régimen legal de las nulidades en el ordenamiento procesal penal; por ello determina que la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la ley.

- 1.13** El primer párrafo del artículo 150 de la misma norma sustantiva, concordante con su literal d), determina como uno de los supuestos para el régimen de las nulidades de oficio que se haya inobservado el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.
- 1.14** El numeral 1 del artículo 409 del CPP establece la competencia del Tribunal Revisor, siendo una de estas la de declarar nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
- 1.15** El numeral 3 del artículo 488 de la citada norma procesal establece la legitimidad de los sujetos para actuar dentro de la fase de ejecución, en especial, la del Ministerio Público, a quien le corresponde el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan.
- 1.16** El numeral 2 del artículo 489 del CPP establece que, en la fase de ejecución, el juez de la Investigación Preparatoria está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten, para tal efecto, debe hacer las comunicaciones dispuestas por la ley y practicar las diligencias necesarias para su debido cumplimiento.
- 1.17** El numeral 4 del artículo 491 de la misma norma adjetiva determina taxativamente que, en los incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal establecidos en el Código de Ejecución Penal, así como del procedimiento especial de conversión de penas para condenados, la toma de decisión requiere de una previa audiencia con asistencia de las partes.
- 1.18** El artículo 188 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente conforme a su primera disposición complementaria y final, regula el principio de necesidad de prueba; por ello, en todo el ordenamiento jurídico, los medios de prueba tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.
- 1.19** El artículo 404.1 del CPP establece que: “Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente

establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida".

§. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- 1.20** Como señala el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso abandonar la tesis según la cual la Constitución Política era una mera norma política, para consolidar la doctrina conforme a la cual es también una norma jurídica; es decir, una norma con contenido vinculante para todos. En consecuencia, sus normas vinculan a todo el ordenamiento jurídico, supremacía normativa que tiene dos vertientes: **a)** objetiva, conforme a la cual la Constitución Política preside el ordenamiento jurídico (artículo 51 de la Constitución); y **b)** subjetiva, por la cual ningún acto de los poderes públicos (artículo 45 de la Constitución) o de la colectividad en general (artículo 38 de la Constitución) puede vulnerarla válidamente (STC 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre de 2005).
- 1.21** En consecuencia, todas las normas o actos que se opongan a la norma fundamental son pasibles de un control constitucional, sea a través de un control concentrado (encargado al Tribunal Constitucional) o un control difuso (encargado a los demás jueces de la Nación), pues, como señala el Tribunal Constitucional, el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del juez. El artículo 138 de la Constitución lo habilita como mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional (STC 2502-2005-HC/TC, del 24 de junio de 2005).
- 1.22** Como desarrollo legal de este principio constitucional, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los magistrados, al momento de fallar, cuando encuentren que hay incompatibilidad entre una norma de rango legal y una disposición constitucional, preferirán la constitucional. Cuando ello ocurre, estas resoluciones son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Asimismo, en estos casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso

concreto, sin afectar su vigencia. Entonces, como señala la Consulta N.º 8427-2015-Puno, del 11 de marzo de 2016, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad.

1.23 En ese sentido, señala GARCÍA TOMA, en este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*. La totalidad de jueces tiene facultades para establecer la inconstitucionalidad de una norma dentro del marco de una controversia concreta. Dicha facultad se disemina en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una norma inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento. La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta, ergo, no puede ser planteada como una acción directa¹.

1.24 En consecuencia, la facultad legal para pronunciarse sobre este extremo se ubica en la propia Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es un deber de la magistratura pronunciarse cuando se ha instado. No obstante, no puede dejarse de tener en cuenta que estamos ante un control excepcional, pues se ejerce como *última ratio* (Consulta N.º 8427-2015-Puno), por ello, no puede ser ejercida de forma irrestricta, posee límites de tal forma que no se vulnere el ordenamiento jurídico y constitucional, de ahí que la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte, del 16 de agosto de 2016, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, haya emitido criterios para estos efectos, así el juez debe:

a) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, en consecuencia, quien afirme que una norma infringe la jerarquía de la norma constitucional, debe demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.

¹ GARCÍA TOMA, Víctor. (2013). "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de constitucionalidad y el modelo de control derivado y sinérgico". Revista Derecho y Sociedad. N.º 40, pp. 16-22.

- b)** Realizar el juicio de relevancia, es decir, el juez debe verificar que la norma cuestionada sea la aplicable al caso.
- c)** Luego de identificar la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, para lo cual debe distinguir entre disposición y norma; en ese sentido, deberá agotar los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma.
- d)** Por último, debe identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1.25 En su voto concurrente razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, el juez Sergio García Ramírez señaló que la tarea de esta Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales, pues los tribunales nacionales examinan los actos impugnados a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales; por su parte, la Corte Interamericana analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.

1.26 Si bien el control de convencionalidad ha adquirido bastante notoriedad en los últimos años, data desde la vigencia misma de la CADH, dado que ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte IDH en cada una de sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la CADH cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno. Asimismo, es el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales, cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no solo con la Constitución respectiva,

sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte IDH, al decidir, en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto².

- 1.27** El control de convencionalidad se sustenta normativamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: el artículo 26, que establece el principio *pacta sunt servanda*, por el cual todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; el artículo 27, que establece la prohibición de invocar las disposiciones del derecho interno para incumplir un tratado; y, el artículo 31, que establece la interpretación de los tratados de acuerdo con la buena fe. Sobre esa base, también son normas que sustentan el control de convencionalidad el artículo 1 de la CADH, que versa sobre la obligación de los estados parte de respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención; y, el artículo 2 que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.
- 1.28** Jurisprudencialmente, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26 de septiembre de 2006, la que reconoce expresamente al control de convencionalidad, al señalarse que la CADH establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados, ello es así porque, a la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: **i)** la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y, **ii)** la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Como refiriera el juez García Ramírez en su voto razonado en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el

² VARGAS, Alan. (2018). "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XXIV. p. 541.

Estado, que generan determinados deberes para este y reconocen a los individuos ciertos derechos.

1.29 Señala la sentencia recaída en el caso *Almonacid vs. Chile* que, cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la CADH, el judicial permanece vinculado al deber de garantía, por lo que debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella; entonces, si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado.

1.30 Este criterio ha sido asumido en copiosa jurisprudencia de la citada Corte, como la decisión recaída en el caso *Gelman vs. Uruguay*, del 24 de febrero de 2011, en el que señaló que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana.

1.31 Para VARGAS³, el control de convencionalidad comprende los siguientes elementos o características:

³ VARGAS, Alan. (2018). Ob. cit. p. 543.

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la Convención, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

1.32 A efectos de realizar este control de convencionalidad, la CADH contiene un marco normativo bajo el cual habrá de desarrollarse el proceso de interpretación y argumentación de sus cláusulas; los artículos 29 (normas de interpretación), 30 (alcance de las restricciones), 31 (reconocimiento de otros derechos) y 32 (deberes de las personas)⁴:

- a) Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: **i)** permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; **ii)** limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; **iii)** excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y, **iv)** excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (artículo 29).

⁴ MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. (2018). "La eficacia de la jurisprudencia interamericana en México". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XXIV. p. 422.

- b)** Las restricciones permitidas por la Convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas (artículo 30).
- c)** Pueden ser incluidos en el régimen de protección de la Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en el mismo (artículo 31).
- d)** Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad (artículo 32).
- e)** Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (artículo 32).

SEGUNDO. ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

En esta sección se expondrán los fundamentos del Colegiado para pronunciarse sobre lo que es materia de impugnación.

§. PRETENSIÓN DEL RECURRENTE

2.1 La defensa técnica del procesado Chang Racuay solicita que se convierta su pena privativa de libertad de ejecución efectiva por la pena de vigilancia electrónica. Además, invoca que no se apliquen las prohibiciones contenidas en el literal c) del numeral 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1322, publicado el 6 de enero de 2017, que regula la vigilancia electrónica personal; y en el segundo párrafo del literal b) del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300, publicado el 30 de diciembre de 2016, que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena.

Alternativamente, solicita la implementación de una pena restrictiva de derechos u otra que tenga a bien considerar el JSIP, en caso no proceda la conversión a vigilancia electrónica.

2.2 Como lo señaló la Sala Penal Permanente de esta Corte Suprema (Recurso de Nulidad N.º 1002-2012-Apurímac, de 29 de noviembre de

2013), “existen impedimentos de orden procesal que imposibilitan al órgano jurisdiccional pronunciarse por el fondo del asunto a conocimiento”. Así, los defectos de forma en la realización de los actos procesales constituyen uno de estos impedimentos.

En ese contexto, el artículo 149 del CPP señala que la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad, lo que debe ser concordado con el numeral 1 del artículo 409 del mismo cuerpo normativo, que preceptúa que el Tribunal Revisor tiene competencia para “[...] declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”.

§. AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA

2.3 La defensa técnica del sentenciado solicita la aplicación de la vigilancia electrónica, regulada en el Decreto Legislativo N.º 1322; o, su caso, la conversión de pena, regulada en el Decreto Legislativo N.º 1300.

No obstante, al habersele condenado por el delito de cohecho pasivo específico, para el cual se prohíbe legalmente su aplicabilidad, invoca en el mismo escrito un control de convencionalidad y control difuso.

Sustenta su pedido en el contexto de la pandemia causada por el COVID-19, pues pertenecería un grupo de riesgo, cuyas circunstancias pondrían en peligro su vida; de forma que la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad se ha vuelto ilegítima, ya que sería una pena de muerte para él.

2.4 Al respecto, el trámite de la presente apelación es la de un incidente en fase de ejecución penal; por lo que corresponde aplicar lo previsto en los artículos 488 al 496 del CPP.

En esa perspectiva, el artículo 491.4 del CPP prevé que, en el procedimiento especial de conversión de penas para condenados conforme a la ley de la materia, la decisión requiere de una audiencia con asistencia de las partes.

De igual manera, del inciso 3 del citado precepto, deriva que, fuera de los supuestos obligatorios, el juez resolverá en audiencia cuando por la

importancia lo estime necesario, escenario en el cual los órganos de prueba deben informar.

En consecuencia, en este caso concreto, el JSIP debió realizar una audiencia al producirse el supuesto fáctico de trascendencia o importancia contemplado en la normativa glosada, pues se solicita que se inaplique normas legales ordinarias vigentes, con base en normas de rango internacional y constitucional, que tienen relación con la vida, salud y dignidad de las personas.

2.5 La norma citada establece la obligación del juez de instalar una audiencia en primera instancia, que es concordante con lo regulado en el artículo 8 del CPP, pues, para resolver, debe escucharse a los sujetos procesales a fin de obtener información de calidad —con el debido control de las argumentaciones— a través del contradictorio, haciendo efectivo el derecho de defensa.

Ello es afirmado por la Casación N.º 626-2013/Moquegua, del 30 de junio de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, cuando reseña que el modelo procesal penal peruano establece un sistema de audiencias previas.

En efecto, la audiencia es un espacio para que los sujetos procesales ejerzan sus derechos mediante la discusión, presenten oralmente sus peticiones y argumentos, y tengan la posibilidad de controvertir la opinión contraria⁵; concretizando así un principio básico del estado de derecho que es el acceso a la justicia, pues, ejerciendo sus derechos, pueden hacer oír su voz.

A su vez, el Ministerio Público, que tiene jurídicamente el control de la ejecución de la pena en general, debe participar en el contradictorio ejerciendo sus potestades constitucionales y legales en el caso concreto.

Por tanto, la audiencia es relevante e indispensable para adoptar la decisión, en tanto los sujetos procesales sustentarán sus pretensiones

⁵ LORENZO, Leticia y MACLEAN SORUCO, Enrique. (2009). *Manual de litigación penal en audiencias de la etapa preparatoria*. Bolivia. Recuperado de https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2787/manualdefensalorenzo_maclean.pdf?sequence=1&isAllowed=y

dentro de un marco de respeto a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

El juez cumple una función activa en busca de la mayor información y mejor calidad que le permita resolver.

Como antecedente, el JSIP (actuando como Juzgado Supremo de Instrucción), en el Expediente N.º 0006-2001-4-5001-SU-PE-01, con fecha 21 de septiembre de 2018, llevó a cabo la audiencia pública sobre el pedido de control de convencionalidad en el caso del indulto humanitario a favor del condenado don Alberto Fujimori Fujimori, donde, en segunda instancia la SPE actuó como órgano de revisión.

2.6 En el presente caso, el JSIP, obviando la necesidad de realizar la audiencia para resolver las pretensiones, las declaró improcedentes, sin cumplir con el procedimiento, lo cual afecta el acceso a la justicia, el derecho de defensa, el principio acusatorio (actuación del Ministerio Público), el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Así, en relación al derecho de defensa, Maier⁶ señala que una de sus manifestaciones es el derecho a ser oído, que alcanza su expresión real en la audiencia del imputado ante el Tribunal, no solo frente a la decisión final, sino también ante las resoluciones interlocutorias.

De lo expuesto, deriva que, al no realizarse la audiencia, el Ministerio Público también se vio limitado en el correspondiente control de la ejecución de las sanciones penales en general, para la correcta aplicación de las normas convencionales, constitucionales y legales, pues no pudo dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 488.3 del CPP, que prescribe: “[...] corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley”.

2.7 En consecuencia, al no haberse dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 491.4 del CPP, que obliga a la realización de una audiencia, se ha incurrido en causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 150

⁶ MAIER, Julio. (2004). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto. pp. 552-563.

del CPP, incisos c) y d), que hacen referencia a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria, y a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, respectivamente.

2.8 El numeral 1 del artículo 8 de la CADH —que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico—, prescribe el derecho de toda persona a ser oída.

De igual manera, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de las personas a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente. El derecho a ser oído —en supuestos fácticos específicos— tiene como presupuesto el que se realice la audiencia.

2.9 Al no haberse discutido el tema de fondo en el JSIP, mediante una audiencia previa, es necesario que la pretensión sea analizada positiva o negativamente, así como los argumentos y los elementos de juicio de cada uno de los sujetos procesales, de tal manera que ambas partes tengan en igualdad de condiciones la posibilidad de ejercer —adicionalmente a lo ya desarrollado— el derecho a la instancia plural, atendiendo a la inimpugnabilidad de las decisiones de la SPE como órgano de segunda instancia.

2.10 Finalmente, debe destacarse que, en virtud de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado, la privación de libertad es una posición de vulnerabilidad —para el acceso a la justicia— que dificulta el ejercicio pleno de los demás derechos⁷; así también, la Comisión⁸ y la Corte⁹ Interamericana de Derechos Humanos, ante las circunstancias actuales de la pandemia por el COVID-19, han evidenciado la necesidad de adoptar medidas para la protección de los derechos humanos, para cuyos efectos se ha recomendado que las autoridades procedan con una diligencia extraordinaria para prevenir la ocurrencia de afectaciones a los derechos a la vida, salud e integridad personal.

⁷ Sección 2, apartado 10, de las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

⁸ Véase apartados 1 y 3, literal d) de la parte resolutive de la Resolución N.º1/2020, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 10 de abril de 2020.

⁹ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, de 9 de abril de 2020.

Este contexto fáctico y normativo, demanda que el JSIP evalúe integralmente los elementos de juicio en debate para la estimación o desestimación de las pretensiones, pues, en este ámbito, actúa premunido de independencia constitucional.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDAMOS:**

- I. DECLARAR NULA** la Resolución N.º 8, de fecha 5 de junio de 2020, emitida por el señor juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (folios 679-708), que resolvió:
 - I. RECHAZAR DE PLANO** la solicitud presentada por la defensa técnica del sentenciado Ricardo Chang Racuay, condenado por el delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios - Cohecho Pasivo Específico, en agravio del Estado.
 - II. DECLARAR IMPROCEDENTE** la conversión de pena privativa de la libertad efectiva de cinco (5) años, siete (meses) y quince (15) días, en ejecución, por la pena de vigilancia electrónica personal.
 - III. DECLARAR IMPROCEDENTE** el **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD** y **CONTROL DIFUSO** respecto al literal c del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 y segundo párrafo del literal b del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300.

- II. DISPONER** que la causa se remita al juzgado de origen para que, con diligencia extraordinaria, lleve a cabo la audiencia que la ley dispone y emita una resolución fundada en derecho que corresponda, sin perjuicio de su irrestricta independencia.

- III. NOTIFICAR** la presente resolución con arreglo a ley.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL ESPECIAL
EXP. N.º 19-2019-10**

GUERRERO LÓPEZ

NF/jhsc