



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO

**VALIDEZ NORMATIVA Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN
APLICADAS EN LA SENTENCIA CASATORIA DE LA CORTE
SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 1397-2017/NACIONAL, DEL
DISTRITO JUDICIAL DE LIMA – LIMA, 2020.**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO

CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

AUTOR

JORGE ESTEBAN MAGUIÑA PAUCAR

ORCID: 0000-0001-6707-3122

ASESOR

Dr. ROBERTO CARLOS MALAVER DANOS

ORCID: 0000-0001-9567-9826

LIMA - PERÚ

2020

AUTOR

Jorge Esteban MAGUIÑA PAUCAR

ORCID: 0000-0001-6707-3122

Universidad católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Post

Grado, Lima, Perú

ASESOR

Roberto Carlos MALAVER DANOS

ORCID: 0000-0001-9567-9826

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho, Lima, Perú

JURADO

David Saul PEULETT HAUYON

ORCID: 0000-0003-4670-8410

Marcial ASPAJO GUERRA

ORCID: 0000-0001-6241-221X

Edgar PIMENTEL MORENO

ORCID: 0000-0002-7151-0433

HOJA DE FIRMA DEL JURADO DE TESIS Y ASESORA

Dr. Paulett Hauyon David
Presidente

Mgtr. Marcial Aspajo Guerra
Miembro

Mgtr. Edgar Pimentel Moreno
Miembro

Dr. Roberto Carlos Malaver Danos
Asesor

AGRADECIMIENTO

A Dios, sobre todas las cosas porque él hizo posibles las cosas buenas en esta vida.

A mis maestros que me impartieron la cátedra en la maestría de Ciencias Penales.

Jorge Esteban Maguñá Paucar

DEDICATORIA

A mis padres Victoriano Maguiña y Yolanda Paucar Chávez , por haberme dado el don de la vida, salud y educación, Dios los bendiga.

A mis hermanos por su apoyo moral. A María Isabel por ser amiga y compañera. A mis hijos Valia y Sergio la razón de mi existir.

Jorge Esteban Maguiña Paucar

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, en el expediente N° **1397-2017/NACIONAL** del Distrito Judicial de Lima – Lima, 2020?; el objetivo general fue: Determinar la validez normativa y las técnicas de interpretación aplicadas en la sentencia casatoria de la Corte Suprema . Es de tipo cuantitativo – cualitativo (Mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos, se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la validez normativa se presentó siempre en la sentencia de la Corte Suprema ; aplicándose en forma inadecuada las técnicas de interpretación. Empero en cuanto al rubro de argumentación, como sistema de medición se utilizó las propuestas de Robert Alexy y Manuel Atienza, ante ello se evidenció la eficiencia en cuanto a la redacción argumentativa y proposición de razones a través de las máximas de la experiencia.

Palabras clave: interpretación; motivación; impugnación y sentencia.

ABSTRACT

The problem of the investigation was: In what way are the interpretation techniques applied in the normative incompatibility, originating from the Judgment of the Supreme Court, in file No. 1397-2017 / NACIONAL of the Judicial District of Lima - Lima, 2020?; The general objective was: To determine the interpretation techniques applied in the normative incompatibility. It is of a quantitative - qualitative type (Mixed); exploratory level - hermeneutic; dialectical hermeneutical method design. The sampling unit was a judicial file, selected through convenience sampling; To collect the data, the techniques of observation and content analysis were used; and as an instrument a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the normative incompatibility did not appear in the judgment of the Supreme Court, applying the interpretation techniques appropriately. However, in terms of the argumentation item, as a measurement system the proposals of Robert Alexy and Manuel Atienza were used, before this, the efficiency in terms of the argumentative writing and proposing of reasons was evidenced through the maxims of experience.

Keywords: interpretation; motivation; challenge and sentence.

CONTENIDO

	Pág.
Título de la tesis.....	i
Nombres del autor, asesor y jurado.....	ii
Hoja de firma del jurado y asesor.....	iii
Hoja de agradecimiento.....	iv
Hoja de dedicatoria.....	v
Resumen.....	v
Abstract.....	vi
Índice (Contenido).....	vii
Índice de cuadro.....	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. REVISION DE LA LITERATURA.....	5
2.1 Antecedentes.....	5
2.1.2. Bases Teóricas.....	8
2. 1. 3. Papel del Juez en el Estado de derecho.....	8
2. 2. Norma.....	10
Norma jurídica.....	10
2.2.1. Concepto.....	10
2.2.2 Las normas legales.....	10
2.2.3. Clasificación de las normas.....	10
2.2.4. Normas de derecho objetivo.....	11
2.2.5. Normas procesales.....	11
2.2.6. Validez de la norma.....	12
2.2.7. Concepto.....	12
2.2.8. Validez.....	14
2.2.9. Criterios de validez de la norma.....	14
2.2.10. Validez formal.....	15
2.2.11. Validez material.....	15
2.2.12. Jerarquía de las normas.....	15
2.2.13. Verificación de la norma.....	17
2. 3. Conflictos Normativos.....	18

2. 3. 1. Antinomias (conflictos normativos)	¡Error! Marcador no definido.
2. 3. 2. La colisión entre principios.	¡Error! Marcador no definido.5
<u>2.4. Técnicas de interpretación.....</u>	<u>18</u>
2.4.1 Interpretación jurídica.....	18
2.4.1 Argumentación jurídica.....	40
2. 5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial	5858
2. 5. 1. Derechos Fundamentales	5861
2. 5. 2. Razonamiento judicial.	6363
2. 6. La sentencia casatoria penal	6565
2. 6. 1. Concepto.....	6565
2. 6. 2. La sentencia penal	6767
2. 6. 3. La sentencia y la motivación.	6767
2. 6. 4. Recurso de casación	6868
2.7. Derechos involucrados en el caso.....	82
<u>2.7.1 Derecho a la debida motivación.....</u>	<u>82</u>
2. 8. Marco Conceptual.....	9898
2.9. Sistema de hipótesis.....	101
III. METODOLOGIA	102
3. 1. Tipo y Nivel de investigación.....	10202
3. 1. 1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa (mixta).....	10202
3. 1. 2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico	10202
3. 2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico	103
3. 3. Población y Muestra	10303
3. 4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores	10404
3. 5. Técnicas e instrumentos.....	10606
3. 6. Plan de análisis	10606
3. 6. 1. La primera etapa: abierta y exploratoria.....	10606
3. 6. 2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos	
.....	10606
3. 6. 3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático	10707
3. 7. Matriz de consistencia	10808
3. 8. Principios éticos.....	11212

3. 8. 1. Consideraciones éticas.....	11212
3. 8. 2. Rigor científico.....	11212
IV. RESULTADOS.....	113113
4.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	113
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	
5.1. CONCLUSIONES.....	205
5.2. Recomendaciones.....	206
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	21010
ANEXOS.	
ANEXO 1.....	21818
Cuadro de operacionalización de las variables.....	21818
ANEXO 2.....	22222
Cuadros descriptivos del procedimiento.....	22222
ANEXO 3.....	23031
Declaración de compromiso ético.....	23031
ANEXO 4.....	23134
Sentencia de la Corte Suprema.....	¡Error! Marcador no definido. 34
ANEXO 5.....	25657
Matriz de consistencia.....	¡Error! Marcador no definido.

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
RESULTADOS	11313
Cuadro	
1:.....	11313
Cuadro 2.....	149
Consolidado de la sentencia de la Corte Suprema.....	196
Cuadro 3:	196

I. INTRODUCCIÓN

Debemos tener en consideración que al haber formulado el presente informe, ha obedecido a los objetivos de Desarrollar investigaciones relacionadas a estudiar la naturaleza e impacto de las sentencias y de los procesos judiciales pertenecientes al derecho público o privado. Bajo las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razones por el que, se denomina “ Validez normativa y Técnicas de interpretación aplicadas a las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú, cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú. (Resolución N° 0011-2019-CU-ULADECH católica).

Como es de observarse el título de la Línea de Investigación revelo dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedo satisfecho con el análisis de las sentencias provenientes de la Corte Suprema (materia de estudio), pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la validez normativa y la técnica de interpretación aplicadas ; mientras que, el segundo propósito fue contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia debidamente motivada, lo que se ve reflejado en el contenido del presente informe.

Por tal motivo, del propio Reglamento de Investigación (RI) se desprende la meta como análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la línea de investigación, del cual provienen los resultados que se alcanzan en la presente investigación individual.

Razón por la cual siendo la investigación de tipo cuantitativa - cualitativa (mixta), de nivel exploratorio – hermenéutico, para la recolección de los datos se seleccionó un expediente judicial de proceso concluido, aplicando el muestreo no probabilístico denominada técnica por conveniencia, lo que conllevó a utilizar para ello las técnicas de la observación y el análisis de contenido, aplicándose una lista de cotejo el cual contiene los parámetros de medición, referentes al tema de investigación, la que fue validado mediante juicio de

expertos. De lo que se evidencia que la presente investigación conto con el rigor científico en la propia recolección, identificación y análisis de datos a obtener.

En el presente estudio, de los datos del expediente, se desprende que mediante recurso de sentencia casatoria N° 1397-2017/NACIONAL, el colegiado supremo se pronunció luego de la interpretación realizada del modo siguiente (parte decisoria):

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADOS** parcialmente los recursos de casación, por las causales de quebramiento de precepto procesal e infracción de precepto material, interpuestos en lo pertinente por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A Y B contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete. **II. CASARON** parcialmente la sentencia de vista; y, en consecuencia: **1. ORDENARON** que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación, cumpliendo cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, respecto de (i) la revocatoria de la absolución del encausado A por delito de colusión agravada y su respectiva confirma; (ii) la confirmatoria de la condena al encausado B por delito de colusión agravada; (iii) la confirmatoria de la absolución a D y H por delito de colusión agravada; (iv) la revocatoria de la condena al encausado F y su absolución respectiva por el delito de peculado por apropiación; y, (v) la revocatoria de la imposición de medidas a la empresa I y su absolución respectiva respecto del delito de colusión agravada. **2.** Actuando como instancia, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, en la parte que condenando a E, F y K por delito de colusión agravada en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad para el primero y diez años de la misma pena a los restantes; con los demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, remitiéndose además copia certificadas de los actuados pertinentes al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la iniciación de la ejecución procesal de la condena y reparación civil a quienes resulten necesarios y su situación jurídica quedo firme. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder judicial. Intervino el señor Juez Supremo RBR, por licencia de la señora Juez Suprema EBA. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

De lo expuesto, se abordó el siguiente enunciado del problema:

¿De qué manera la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, emitida en el expediente N° **1397-2017/NACIONAL** del Distrito Judicial de Lima – Lima, 2020?

Para abordar el enunciado del problema, se trazó un objetivo general:

Determinar la validez normativa y las técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, emitida en el expediente N° **1397-2017/NACIONAL** del Distrito Judicial De Lima – Lima. 2020

Asimismo, para resolver el problema se determinó los siguientes objetivos específicos:

1. Determinar la validez normativa, teniendo en cuenta la validez, en función de la validez formal y validez material.
2. Determinar la validez normativa, teniendo en cuenta la verificación de la norma, en función del control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación, en función de sujetos, resultados, y medios.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación jurídica, en función del discurso racional de Robert Alexy y propuesta de Manuel Atienza.

En nuestro País existe una realidad social, donde las técnicas de interpretación ante la incompatibilidad normativa realizadas por la Corte Suprema (trasuntadas en sus sentencias), muchas veces carecen de estas, además se puede notar que en gran parte reflejan la ausencia

de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales.

La presente investigación busca que los justiciables, puedan conocer plenamente como se debe desarrollar las sentencias provenientes de la corte suprema, asimismo se busca sensibilizar a los magistrados sobre la aplicación adecuada de las técnicas de interpretación sobre incompatibilidad normativa e interpretación jurídica, a fin de que las decisiones judiciales se han debidamente motivadas, conforme lo ha señalado ya en sendas sentencias nuestro tribunal constitucional.

En la investigación se hizo uso de teorías que respaldan el problema, tal es el caso de la Teoría de la Interpretación y la Argumentación Jurídica, posturas que describen los criterios o reglas que toda sentencia de nivel supremo debe contar, para afirmar que lo resuelto es constitucionalmente justo y razonable.

En el factor metodológico, se refleja por medio del proceso de recolección de datos, así como del expediente judicial, que goza de fiabilidad y credibilidad, la que permitió analizar la calidad de las sentencias emitidas por nuestros jueces (Supremo, Superior y Colegiado), y de esta forma respondió a las interrogantes planteadas en nuestro enunciado.

II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1 Antecedentes

Mérida (2014), en Guatemala: “argumentación de la sentencia dictada en proceso ordinario”

1. La motivación de las sentencias permite su control por parte de la opinión pública, cumpliéndose así con el requisito de la publicidad, en donde el juez este sometido al imperio de la ley, elimina la arbitrariedad y permite el uso de los recursos respectivos. 2. En el derecho comparado algunas legislaciones imponen el deber de motivar las resoluciones judiciales en normas de rango constitucional y que su ausencia es motivo de nulidad de lo actuado, otras en normas ordinarias como el caso de la legislación guatemalteca, y en algunos países no es necesaria la motivación de las resoluciones judiciales. 3. Actualmente la doctrina de la obligatoriedad de la fundamentación de las sentencias es hoy un principio general, que esporádicamente registra dispensas o excepciones. 4. El deber de motivación es una garantía esencial del justiciable para evitar arbitrariedades por parte de los funcionarios y empleados públicos en perjuicio de los particulares y son responsables directamente por los daños y perjuicios que les causen, en solidaridad del Estado cuando fuese procedente. 5. Los errores más comunes que cometen los titulares de los órganos jurisdiccionales en el proceso de motivación son: a) Falta de motivación; b) Motivación aparente; y c) Motivación defectuosa. 6. Las sentencias dictadas en los diferentes procesos analizados en su oportunidad carecen de argumentación fáctica y jurídica, porque en las mismas se encontraron los errores más comunes durante el proceso de motivación, defectos que dieron origen a su impugnación a través de los recursos respectivos. 7. En Guatemala la obligación de emitir resoluciones fundadas en ley, se realiza conforme a interpretación del artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que ha realizado la Corte de Constitucionalidad. 8. Es violatorio al principio constitucional de debido proceso la ausencia de motivación en las resoluciones judiciales, de conformidad con los argumentos vertidos por la Corte de Constitucionalidad.

Yaipén Zapata (2012), en Perú, investigo “La casación en el sistema penal peruano”, llegando a los siguientes resultados: a). Conclusiones: Estos fueron: i). La casación es un recurso extraordinario, porque las causales de admisibilidad son tasadas, es decir, es riguroso en cuanto a su formalidad, así como su competencia está limitada y versa sobre la cuestión

jurídica, por ello no constituye una tercera instancia; ii). Existe dos tipos de casaciones: *ordinaria* (procede en supuestos cerrados delimitados por el legislador, que contienen criterios de naturaleza cuantitativa que atienden el tipo de resolución judicial, y criterios de naturaleza cualitativa que se centran en la *summa poena* (pena mínima) y la *suma gravaminis* «valor del agravio o gravamen»); y, *excepcional* (es un supuesto abierto que facilita en un caso concreto contribuir al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, a su vez es discrecional porque permite cumplir la uniformidad de la jurisprudencia); iii). El objeto de la casación se orienta al *ius constitutionis*, concretadas en la nomofilaxis o nomofilaquia (se entiende como elección y defensa de la interpretación justa, dirigida a establecer, a nivel general, el concepto más justo atribuible a la norma) y la uniformización de la jurisprudencia; y al *ius litigatoris*, definida en la dikelogía, porque se orienta a salvaguardar el interés de la parte procesal que busca justicia evitando resoluciones absurdas y arbitrarias; iv). La finalidad principal de la casación penal es la uniformización de la jurisprudencia, o sea, salvaguardar dos valores -principios: la igualdad jurídica y la seguridad jurídica, garantizando de esta forma la presencia de una línea unitaria y constante de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, a nivel general. Esta finalidad se concreta por medio de la *doctrina jurisprudencial*, que son principios o reglas jurídicas producto de la interpretación y aplicación de la norma, que tiene fuerza normativa para futuros casos semejantes, por esto, toda sentencia casatoria, al margen del juicio de fundabilidad (fundado o infundado), debe fijar doctrina jurisprudencial; v). La Corte Suprema, viene dándole al recurso de casación, la idea de recurso de nulidad del Código de procedimientos penales, por cuanto en la mayor parte de sus sentencias no está fijando doctrina jurisprudencial y, de igual modo, porque está admitiendo casaciones excepcionales para desarrollar doctrina jurisprudencial sobre temas que ya son conocidos, en casaciones ordinarias, entendiendo como si estas no sirvieran para fijar doctrina; todo ello, impide el cumplimiento de su finalidad principal de uniformizar la jurisprudencia. Así, la carencia de una definición, en supuesto concreto y real, del Interés Casacional, impide cumplir eficazmente el propósito uniformador de la jurisprudencia casatoria, sea *por exceso* o *por defecto*; en el primer caso, actúa cuando se admiten casos poco relevantes que, en vez de beneficiar, impiden la formación de la doctrina jurisprudencial; en el segundo, se muestra cuando se dejan fuera del tema del recurso de casación, casos significativos que pueden contribuir a la formación de doctrina jurisprudencial; vi). La Corte Suprema, ha reconocido el interés casacional, por un lado, con las causas casacionales, y por otro, con la necesidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial. Esta disconformidad de método perjudica el cumplimiento adecuado de la

finalidad principal de casación de uniformizar la jurisprudencia; vii). La doctrina de la “*Voluntad impugnativa*” es una expresión de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y del principio *iura novit curia*, que permite la adecuación a la causal correcta, acorde al contenido de los fundamentos proporcionados por la parte impugnante; pero, no autoriza suplir los defectos de fundamentación de la pretensión impugnatoria que le corresponde a la parte que la postula, por lo cual, tampoco permite cambiar o adecuar el tipo de postulación recursal, de casación ordinaria a casación excepcional; pero más adelante señala la Corte Suprema, aplica la doctrina de la Voluntad Impugnativa para cambiar la causal postulada y para cambiar la postulación recursal de casación ordinaria a casación excepcional y al revés. b). Recomendaciones: Señala que la Corte Suprema debe dar a conocer todas las sentencias casatorias y de los autos de calificación, por medio de una base de datos indexada vía el portal web, permitiendo su acceso a todo el público; también se debe implantar cursos de capacitación al interior del Poder Judicial, en particular a nivel de la Corte Suprema, en temas de casación penal, lo que permitirá que sus integrantes tomen conciencia de la labor que realizan como Tribunal de casación y las finalidades que persigue dicha institución en el sistema de justicia penal; y, por último, se debe llevar a cabo y fomentar el estudio sistemático de la casación penal, a nivel de pre grado, para proporcionar conocimientos y habilidades al futuro litigante. c). Propuesta: Propone la modificación del artículo 433°.3 del Código Procesal Penal, en el extremo que regula la facultad que tiene el Tribunal de casación, de disponer que lo resuelto constituya doctrina jurisprudencial; bajo el argumento que es tautológica, pues todas las sentencias casatorias (estimatorias o no), tienen que fijar doctrina jurisprudencial vinculante, por la funcionabilidad uniformadora de la jurisprudencia; y esto, explica, que es un rezago del régimen legislativo que se le dio al recurso de nulidad en el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 301 -A, que permitía establecer doctrina jurisprudencial, de forma excepcional y ocasional, lo que si se justificaba porque no tenía la función uniformadora de la jurisprudencia por medio de la fijación de la doctrina jurisprudencial.

2. 2. Bases Teóricas

2. 2. 1. Papel del Juez en el Estado de derecho

Hay que considerar que el Juez, en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestro sistema judicial tiene una vital importancia como ente que pertenece a uno de nuestros poderes del estado; desempeñándose uno de los papeles activos y fundamentales; interpretando la normas y como lio vienen señalando sendas doctrinarias aplicando derecho.

Al respecto, Weber (citado por Gascón & García, 2003) sostiene que:

El Estado de derecho es una ideología jurídica, pues no es consustancial al concepto de estado ser “de derecho”. Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece –dice Weber- “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”. (pp. 15-16)

Como sabemos el estado de derecho en Europa, es la forma de estado que nace de la Revolución Francesa y su objetivo era garantizar la Libertad y la Igualdad de los Ciudadanos acabando de esa manera con la nobleza y el clero.

2. 2. 1. 1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho.

Frioravanti (citado por Gascón & García, 2003) comentó que el estado constitucional de derecho fue consolidándose con determinado peso político en los espacios del constitucionalismo americano, tan distintos y diferentes al sistema europeo que se siguió operando dentro de la prioridad de la ley, haciendo que las constituciones se convirtieran solo en líneas políticas.

Dentro del Estado constitucional de derecho lo que prevalece es la defensa y la tutela del derecho fundamental de la persona sobreponiéndose a la ley misma, es decir la protección de los derechos no en los límites legales sino en el marco regulador de la Constitución, en sentido amplio y exacto, así lo estableció Frioravanti (citado por Gascón & García, 2003).

Históricamente para Gascón Abellán (2003), el Estado de derecho o Estado legislativo nace como consecuencia de la Revolución francesa, con el objetivo de garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y terminar con los privilegios del clero y de la nobleza; así el

Estado se organizó en función de la separación de poderes y sumisión del poder al derecho para garantizar los derechos, a tal punto que la administración pública y el juez estaban sometidos a la ley, lo que significaba que estos entes para su actuación requerían previa habilitación del legislativo, así, para el caso de la administración de justicia regía el principio todo lo que no está permitido está prohibido y para el caso del Juez su actuación sería aceptable siempre que verse exactitud con la ley, y en expresión de Montesquieu el Juez es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, y si bien se brindó cierta independencia a este poder del Estado –con relación a la certeza, previsibilidad, igualdad y uniformidad jurisprudencial-, pero debía estar vinculada a la ley, es decir, subordinados a las leyes emanadas del legislativo, sin que significase intromisión, pues se le concedió libertad y límites como que su administración debe estar apartado de la política y además la prohibición de tener militancia política (pp. 7 -9).

2. 2. 1. 2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho.

Siguiendo a Gascón Abellán (2003), en esta clase de Estado, la constitución deja de ser un trozo de papel o un mero documento político, tampoco es una directriz programática dirigidas al legislador, si no es una norma jurídica autentica, estando que incluso su origen es cualificada, por cuanto deviene del poder constituyente, entonces es una norma más alta que la propia ley, por ende la ley debe estar sometida a la Constitución, de modo que ello se convierte en un parámetro de validez; así se explica, que el Estado legislativo supone la sumisión de la administración y del juez a la ley (al poder parlamentario o legislativo), mientras que en el Estado Constitucional ocurre que el legislador viene sometida a la Constitución, por ende la ley y las demás instituciones del sistema jurídico sometidos a la Constitución dada su condición de norma jurídica suprema, surgiendo de esta forma junto al principio de legalidad el principio de constitucionalidad. En ese entender el juez –Poder Judicial-, se encuentra vinculado a los derechos y principios constitucionales antes que a la ley (p. 10).

Continuando con Gascón Abellán (2003), el cambio a esta forma de Estado tiene dos consecuencias: i) Los jueces pueden (y deben) hacer valer la constitución en detrimento de la ley –significa que está obligado a aplicar las leyes constitucionales si entiende que la ley es constitucional y no aplicarla cuando es inconstitucional-; y ii) Las cartas constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que significa que el Juez

aplica la ley constitucional en detrimento del legislador, es decir, que prima la cultura de los derechos, frente al poder, lo que se ha venido en denominarse garantismo (pp. 11 -13).

2. 3. Norma

2.3.1. Norma jurídica

2.3.1.1. Concepto. Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene :Una norma jurídica es un precepto, dictado por autoridad competente, que establece determinada regla, a la que se deben ajustar las conductas, actividades y tareas de las personas, naturales o jurídicas, y tienen como fin asegurar la delimitación y la coordinación de los intereses, tantos privados como públicos: en otras palabras asegurar la convivencia social. Su camino es el interés protegido y su meta es la paz jurídica.

La norma determina exteriormente y de modo incondicionado la libre voluntad humana. Una norma es un mandato emanado del Estado. La libertad absoluta queda encauzada en el marco de un sistema de normas, que en su conjunto forman el Ordenamiento Jurídico, que regula la existencia de la Sociedad y que es el sustento del Estado. La libertad individual queda enmarcada y rige el principio de acuerdo al cual, “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Art. 2, Inc. 24, apartado a. de la Constitución Política del Estado). Este principio no rige para los Organismos del Estado ni para los funcionarios públicos, cuya conducta se rige por el principio de Legalidad, de acuerdo al cual sólo pueden actuar y ejercer las facultades que expresamente le señale la Ley. (Art. 40 de la Carta Política)

La norma jurídica contiene tres elementos que la caracterizan:

- Constituye una regla, que es la expresión de un estado de la conciencia colectiva en determinado momento, que integra y corresponde al Ordenamiento Jurídico que rige la vida en sociedad, y a la que debe ajustarse la conducta humana.
- Constituye una orden, lo que supone la posibilidad de hacerla cumplir imperativamente, aún contra la voluntad de los sujetos.
- Contiene la garantía de su eficacia, lo que no necesariamente significa una coacción, pues a veces contiene la promesa de un beneficio, que constituye un estímulo para su ejecución.

Las normas jurídicas, según su naturaleza y para los efectos de nuestro estudio, se clasifican en materiales o sustantivas y procesales o adjetivas. (pp. 139-140)

2.3.1.2 Las normas legales

2.3.1.3. Clasificación de las normas

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

De acuerdo a su naturaleza de las normas son sustantivas o procesales. Esto se determina con independencia del cuerpo legal en que se ubique. Así, el código civil también contiene normas procesales.

Para Carnelutti, las normas jurídicas pueden agruparse en dos categorías:

- Una resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas.
- Otras disciplinan los requisitos de un acto encaminado a solucionarlo.

Las primeras actúan sobre la *Litis*, reconociendo un derecho e imponiendo una obligación, las segundas regulan los medios para dictar la solución e imponerla, atribuyendo para el efecto un poder jurídico a un determinado sujeto.

Gayo escribió: todo el Derecho que usamos concierne, bien a las personas, bien a las cosas, bien al procedimiento. *“Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones”*.

Las normas de derecho sustantivo o material, son aquellas que establecen derechos y obligaciones para las personas; son sustantivas porque existen de manera independiente y son materiales, porque son reales en el sentido de su existencia.

Normas adjetivas, procesales, formales o instrumentales, son aquellas que establecen reglas para el actuar de las personas en los procesos, sea judicial o extrajudicial; son las formalidades que se deben cumplir al realizar determinados actos procesales. (p. 141)

2.3.1.4. Normas de derecho objetivo

Al respecto, Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

El Art. 384 se refiere al Derecho Objetivo, pero en los Arts. 396 se refiere a infracción de norma de derecho material.

La Corte Suprema, en las Casaciones N° 1633-96 de 25 de abril de 1998, N° 3232-98 de 13 de enero de 1999 y 92-99 de 27 de enero del mismo año, ha señalado:

“Las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que las primeras se llaman normas materiales o sustantivas y las segundas, procesales, formales o adjetivas y que su naturaleza se aprecia independientemente de Cuerpo Legal en que se encuentre. Esto se determina por el análisis de la propia norma”.

Las normas materiales pueden solucionar el conflicto de dos maneras: protegiendo el interés del individuo independientemente de su voluntad o subordinado esa protección a la voluntad del titular del interés, de tal manera que la obligación nace, se cumple o se extingue en cuanto él lo consienta.

Téngase presente que todas las normas que contiene el Código Civil no son de derecho material. El Código Civil contiene numerosas normas procesales. (p. 143)

2.3.1.5. Normas procesales

Siguiendo al mismo autor:

El derecho procesal está dado por el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las normas sustantivas. También son normas procesales las que señalan las formalidades que se deben cumplir en determinados actos.

Para el interés del recurso de casación, norma procesal es, en consecuencia aquella que establece reglas para la actuación del juez de las partes y aún de terceros. Las normas del código procesal civil son de ese carácter.

2.3.1.6. Validez de la norma

2.3.1.7. Concepto

“La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica. Esto significa, en otras palabras, que para que una norma sea válida, además de su vigencia, es necesario que sea coherente en contenido con las normas superiores (...)”. (Castillo Calle, 2012)

La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma en un ordenamiento, en otras palabras; es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento, por lo que debemos de señalar que no existirá ordenamiento jurídico sin norma fundamental. (Castillo Calle, 2012)

“Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (STC N.º 0010-2002-AI/TC)”.

2.3.1.8. Estructura lógico formal de la norma jurídica

En la estructura lógico formal de la norma jurídica, se puede observar que está constituida por tres elementos, estos son:

- El supuesto de hecho,
- El efecto jurídico, y
- El vínculo de deber ser. (Castillo Calle, 2012)

La norma jurídica puede ser definida no sólo en base a su estructura interna si no también, en base la finalidad que persigue, esto es su funcionalidad de acuerdo al objetivo que

persigue, que es justamente el de establecer directa o indirectamente reglas de conducta; reglas que son tuteladas por el *ius imperium* de nuestro Estado. (Montero, citado por Castillo Calle, 2012)

2.3.1.9. Estructura jerárquica del sistema jurídico normativo peruano

Para la doctrina jurídica de Hans Kelsen el ordenamiento jurídico, es el “Sistema de normas ordenadas jerárquicamente entre sí, de modo que traducidas a una imagen visual se asemejaría a una pirámide formada por varios pisos superpuestos. A la vez esta jerarquía demuestra que la norma inferior encuentra en la superior la razón o fuente de su validez. La Constitución Política del Perú, establece una rígida sistematización jerárquica del ordenamiento jurídico peruano, por lo que a continuación pasaremos a conceptualizar todas y cada una de ellas, de acuerdo a su relevancia, en el plano nacional, local y regional:

- **En el Plano Nacional:**
- La Constitución.
- La ley.
- Las leyes orgánicas.
- Las leyes ordinarias.
- Las resoluciones legislativas.
- Los decretos legislativos.
- Los decretos de urgencia.
- Decretos supremos.
- Resolución suprema.
- Resolución ministerial.
- Resolución viceministerial.
- Resolución directoral.
- El reglamento del Congreso.
- Los tratados con rango de ley.
- Los decretos ley.
- Las sentencias del Tribunal Constitucional.

- **En el Plano Local:**
- Las ordenanzas municipales.
- Los acuerdos municipales.

- Los decretos de alcaldía.
- Las resoluciones de alcaldía.

- **En el Plano Regional:**
 - Ordenanzas regionales.
 - Acuerdo regional.
 - Decretos regionales.

2.3.2. Validez

2.3.2.1. Criterios de validez de la norma

Al respecto, Castillo (2012) sostiene:

La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica. Esto significa, en otras palabras, que para que una norma sea válida, además de su vigencia, es necesario que sea coherente en contenido con las normas superiores, esto es, no incompatible con ellas. Por eso nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado:

“(...) si bien, por definición toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida. (...)”

El ordenamiento jurídico está integrado solamente por normas jurídicas validas; las normas inválidas no están dentro del derecho. Para establecer si una norma pertenece o no al ordenamiento jurídico hay que pasar de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la forma fundamental que es la que, le da validez y unidad al complejo y enredado ordenamiento jurídico. Por este motivo, la norma fundamental se coloca al estilo Kelseniano, en el vértice del sistema, porque con ella se relacionan todas las otras normas. Norma suprema que no es otra más que nuestra Constitución Política del Perú. (p. 6)

La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma en un ordenamiento, en otras palabras; es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento, por lo que debemos de señalar que no existirá ordenamiento jurídico sin norma fundamental. (p. 6)

La vigencia de una norma consiste en que la disposición jurídica, “haya sido creada siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente”. Es decir que la vigencia atañe a un concepto esencialmente formal: la producción de la disposición jurídica debe haber sido correcta. (p. 7)

Para determinar que una norma está vigente no es necesario analizarla desde un punto de vista de su contenido y de su compatibilidad con las normas de rango superior. Desde luego, y aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente, la vigencia supone que

la disposición no haya sido derogada o modificada; la vigencia ocurre entre el momento de entrada en vigor y el momento de terminación de la existencia de la disposición jurídica. (p. 7)

2.3.2.2. Validez formal

La validez formal se refiere a la verificación o comprobación de la vigencia de la norma jurídica; es decir, su temporalidad.

2.3.2.3. Validez material

La validez material de la norma consiste en la verificación o comprobación de su constitucionalidad o legalidad.

2.3.2.4. Jerarquía de las normas

Según el autor Torres (2006), señala que la norma jurídica tiene la siguiente jerarquía:

A. Grada superior

Se encuentra constituido por:

- **Normas Constitucionales:**
 - Constitución Política del Perú.
 - Declaración Universal de los Derechos Humanos.
 - Los Tratados Internacionales que afecten disposiciones constitucionales.
 - Leyes constitucionales (*normas que se materializan la Constitución*). (pp. 273-274)
 - **Sentencias del Tribunal Constitucional:** Las sentencias emitidas por el TC se ubican después de la Constitución y por encima de la ley; en tal sentido, el juez de la ley se pronunciará sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales, analizará las posibles interpretaciones de los preceptos legales, y además de ello, se pronunciará sobre el significado constitucionalmente correcto del precepto legal. (p. 275)

B. Grada intermedia

Se encuentra constituido por:

- **Normas con rango de ley:** La ley y todas las normas con rango de ley ocupan la posición más alta en la jerarquía normativa después de las normas constitucionales. La absoluta superioridad de la ley después de la Constitución se desprende del hecho de que la ley puede modificar o derogar cualquier otra norma, y no solamente otras leyes. Siendo los siguientes tipos:
 - Leyes orgánicas.
 - Leyes ordinarias.
 - Resoluciones legislativas.
 - Reglamento del congreso.
 - Decretos legislativos.
 - Decretos de urgencia.
 - Tratados internacionales.
 - Normas regionales de carácter general.
 - Ordenanzas municipales.
 - Los decretos-leyes. (pp. 276-278)

- **Decretos:** Conformado por:
 - Convenios internacionales ejecutivos.
 - Decretos supremos.
 - Edictos municipales.
 - Decretos de alcaldía. (pp. 278-279)

- **Resoluciones:**
 - Resoluciones supremas.
 - Resoluciones ministeriales.
 - Resoluciones administrativas y circulares de la Sala Plena de la Corte Suprema, de la Corte Suprema, y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
 - Resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados.
 - Resoluciones jefaturales de los organismos centrales
 - Resoluciones viceministeriales y otras resoluciones del mismo rango.
 - Resoluciones de los organismos públicos descentralizados.
 - Acuerdos municipales.
 - Resoluciones municipales.

- Resoluciones de alcaldía.
- Resoluciones directorales.
- Resoluciones jefaturales, etc. (pp. 279-280)
- **El derecho consuetudinario y los principios generales del derecho:** Conformado por:
 - Normas contenidas en los principios generales del derecho.
 - Normas consuetudinarias.

En el artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú establece que los jueces o magistrados no deberán de dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, razón por la cual, a falta de ello, administrarán justicia con la aplicación de los principios generales del derecho o por las normas del derecho consuetudinario. (p. 281)

C. Grada inferior

Conformada por:

- **Normas particulares:** contratos, testamentos, etc.
- **Normas individualizadas:** sentencias definitivas del Poder Judicial, resoluciones del TC que conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento; laudos arbitrales; resoluciones del JNE; las dictadas por los órgano de justicia administrativa, previo proceso administrativo o disciplinario correspondiente, etc. (p. 281)

2.3.2.5. Verificación de la norma

2.3.2.6. Concepto.- Se da a través del control concentrado, test de proporcionalidad y control de convencionalidad.

2.3.2.7. Control Concentrado

El sistema concentrado proviene del modelo europeo se centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional. (Highton, s.f., p. 109).

2. 4. Técnicas de interpretación

Para Castillo (2004), esta revestida de especialidades, por lo que diferentes mecanismos según el sistema jurídico estudiado, así como al tipo de normas que se tiene que interpretar con clara manifestación de la clase de lenguaje legal que pudiera encontrarse. Dentro del campo del Derecho Penal se encuentra una importancia crucial la interpretación, esto en base a la vigencia irrestricta del principio de legalidad, que advierte y faculta que los delitos y las penas puedan ser creadas o modificadas.

Guastini (2010) concibe que la técnica de interpretación consiste en un procedimiento que parte desde un enunciado normativo –una disposición o un fragmento de disposición- para llegar a un significado, o sea, a una norma (o a una pluralidad de normas). Este procedimiento puede ser considerado, como proceso intelectual –está en la mente del intérprete- y como discurso –argumentos que se ofrece para sostener la posición elegida, susceptible de análisis tanto empírico como lógico- (p. 198).

2. 4. 1. Interpretación jurídica.

2. 4. 1. 1. Concepto.

Luzón Peña (2016) menciona en Derecho Penal, la interpretación consiste en la operación de buscar y descubrir el sentido de los enunciados jurídicos penales, para tal propósito se sirve de los criterios tradicionales de interpretación de la teoría general del Derecho (auténtica, doctrinal, literal, teleológica, etc.).

Sobre la interpretación existen dos teorías: Subjetivas, donde el intérprete se pregunta por la voluntad del legislador histórico que redactó el precepto (*voluntas legislatoris*); y Objetiva, donde el intérprete se pregunta cuál es la voluntad o sentido objetivo de la propia ley actualmente (*voluntas legis*).

Afirma que la doctrina dominante se pronuncia en favor de la teoría objetiva, porque permite una adaptación de la ley a las nuevas circunstancias sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., de un momento histórico y permite una interpretación del precepto, con independencia de su origen o idea inicial, en consonancia con los

principios, características y objetivos que en ese momento tiene el resto del derecho, pero no apartándose del sentido literal que brinda seguridad jurídica (pp. 155 -156).

2. 4. 1. 2. Función e importancia de la interpretación jurídica

La interpretación jurídica cumple una función normativa en la medida que busca obtener del Derecho vigente máximas de decisión y de acción práctica, determinando los criterios que deben regir en el mundo social de acuerdo con el orden jurídico (Castillo Alva, 2006, p. 24).

Para Hans -Heinrich (2014) la interpretación para el juez consiste en comprender el sentido de la ley a fin de resolver el caso, del mismo modo que lo hiciese otro juez que tuviera que resolver el mismo caso, con lo que se brinda seguridad e igualdad jurídica (p. 222).

2. 4. 1. 3. Teorías de la interpretación jurídica.

En la literatura hay quienes sostienen que la interpretación es en sí una tarea de conocimiento o descubrimiento de un significado previo, objetivo y preexistente; pero, otros sostienen, que todo acto de interpretación es una libre decisión del intérprete, que asigna o atribuye un significado; pero también hay otro sector, que sostiene una concepción intermedia, que afirma que en algunos casos, la tarea de la interpretación puede referirse a un descubrimiento, mientras que en otras circunstancias, no existe un significado objetivo, sino que habrá discrecionalidad del intérprete. Estas posiciones son planteamientos teóricos, que se han venido en denominar como: la teoría cognoscitiva, teoría escéptica, y la teoría intermedia (Martínez Zorrilla, 2010, p. 49).

2. 4. 1. 3. 1. La teoría cognoscitivista (racionalista).

Martínez Zorrilla (2010), para esta postura, la tarea interpretativa consiste en conocer un significado objetivo preexistente, es decir, descubrir el significado auténtico, real o verdadero de los términos que expresa una autoridad al emitir un enunciado jurídico. Entonces, bajo este criterio la interpretación podrá ser correcta o verdadera, pudiendo el intérprete acertar o equivocarse con el significado de la disposición legal (p. 49).

Siguiendo al autor en referencia, esta teoría asume dos dimensiones, las referidas al lenguaje (filosofía) y al derecho (teoría jurídica). El primero, se basa en el esencialismo lingüístico, es decir, está referido al vínculo natural entre las palabras y su significado, de manera que cada palabra o expresión tiene su significado natural, correcto o verdadero (real), y si el uso de la palabra no está vinculado al significado objetivo, la interpretación es incorrecta. El segundo, está referido al formalismo jurídico, que se caracteriza en la tesis siguiente: i) El sistema jurídico es completo, es decir, carece de lagunas; ii) El sistema jurídico es consistente, es decir, carece por completo de antinomias o contradicciones normativas; iii) Como derivación de las tesis anteriores, el derecho ofrece siempre una (y solo una) respuesta correcta para cada caso; iv) Los jueces se limitan en todo caso a aplicar la respuesta que el derecho establece para el caso. La aplicación del derecho es una tarea casi automática y los jueces carecen totalmente de discrecionalidad (juez como autómeta) (pp. 50 -51).

2. 4. 1. 3. 2. La teoría escéptica (realista).

Este modelo de interpretación es opuesto a la concepción cognoscitivista, así la tarea del intérprete en esta postura, tiene una libre asignación o atribución de significado, por ende, no es un acto de descubrimiento o conocimiento, sino una decisión o elección, es decir, es una decisión discrecional, por ello, no es posible definir si la interpretación es correcta o no, solo cabe aceptar unas más que otras. En definitiva, la interpretación responde a la libre voluntad del intérprete (realismo jurídico), guiado por consideraciones políticas, ideológicas, morales, etc. (Martínez Zorrilla, 2010, pp. 51 -52).

Esta teoría, también asume dos dimensiones, las referidas al lenguaje (filosofía) y al derecho (teoría jurídica). El primero, de acuerdo con esta postura, estos rechazan el significado lingüístico, y mantienen una posesión convencionalista, pues la conexión entre las palabras y su significado es convencional, de acuerdo con el uso que les dan los hablantes a los términos. En lo segundo, se relaciona con el realismo jurídico y su planteamiento es: i) El derecho está radicalmente indeterminado, y nunca ofrece una única respuesta correcta y predeterminada a los casos en juego. Ello es así no solo por defectos del propio sistema (lagunas, contradicciones normativas), sino por la propia indeterminación del lenguaje; ii) La legislación (normas dictadas por las autoridades; aquello que normalmente entendemos como el «derecho objetivo») tiene un papel muy secundario (según algunos autores, prácticamente irrelevante), en contraste con las decisiones de los jueces. Para muchos autores realistas el «auténtico» derecho son las

decisiones judiciales, y no lo que dice el legislador; y iii) Los jueces gozan en su actividad de una discrecionalidad absoluta; la legislación nunca predetermina la decisión y los aplicadores tienen total libertad para dictar sus sentencias, que responden primordialmente a consideraciones políticas, religiosas, morales, ideológicas, socioeconómicas, etc., y no (o no solo) jurídicas (Martínez Zorrilla, 2010, pp. 52 -53).

Esta postura, asume una interpretación en función de un criterio discrecional absoluto, es decir, es radical, lo que conlleva a sostener interpretaciones extremas que no son razonables en derecho.

2. 4. 1. 3. 3. La teoría intermedia.

Esta teoría postula una posición intermedia, así, sostiene que la actividad interpretativa en algunos casos se asemeja a descubrir el significado correcto de un dispositivo legal, mientras que en otros supuestos es más bien una decisión del intérprete, la idea es, es que en ciertas ocasiones el significado de los enunciados normativos es lo suficientemente claro que permite colegir si la interpretación es correcta o inexacta, y en otras ocasiones la decisión depende del grado de discrecionalidad (Martínez Zorrilla, 2010, p. 54).

La incógnita resalta, como se puede compatibilizar dos teorías opuestas, y siguiendo a Martínez Zorrilla (2010), la clave está en las concepciones del lenguaje y del derecho que se manejan, y se justifica de acuerdo con lo siguiente:

-Primero: En relación con la concepción del lenguaje, la teoría intermedia se basa en la concepción convencionalista, es decir, se sustenta en identificar claramente los usos correctos o incorrectos de las palabras o expresiones, tomando como base el núcleo de certeza de su significado, a través del cual será posible afirmar si cierta interpretación es correcta o incorrecta, y la determinación del significado es más bien un acto de descubrimiento (un ejemplo, un hombre que mide dos metros de altura es claramente alto <núcleo de certeza>, mientras que no se puede decir lo mismo de uno que mide 1.5 metros). En síntesis, toda interpretación, para ser correcta, debe respetar el núcleo de certeza (no se debe incluir supuestos que estarían excluidos, ni incluir supuestos que están ya dentro del núcleo) (p. 55).

-Segundo: En cuanto a la concepción del derecho, para la teoría intermedia, se aleja tanto del postulado formalismo jurídico como del realismo. Lo habitual es que, se asume una tendencia “hartiana”, es decir, en función de la base del positivismo jurídico defendido por H.L.A. Hart, que se presenta en función de lo siguiente: i) El derecho está parcialmente indeterminado: en muchos casos (probablemente en la mayoría), el sistema jurídico ofrece una única respuesta correcta y predeterminada, pero en otras ocasiones esto no es así, lo cual puede deberse tanto a defectos del propio sistema (lagunas normativas -sea porqué el legislador se olvidó de contemplar una situación o no pudo haberlo previsto un acontecimiento-, contradicciones), como a la indeterminación propia del lenguaje; ii) Los jueces (aplicadores del derecho, en general) gozan de una discrecionalidad limitada: en las situaciones en las que, por las razones que sean (defectos del propio sistema normativo, interminación del lenguaje, indeterminación de los hechos del caso, etc.), no existe una única respuesta correcta, tienen cierto ámbito de libertad para tomar la decisión, lo cual no implica ni que puedan decidir cualquier cosa, ni que no sea necesario argumentar adecuadamente la decisión tomada. No obstante, en los demás casos, existe una solución correcta a la que los decisores deben ajustarse, y su actividad no es discrecional es más similar a la del «juez autómatas» propia del formalismo (p.56).

2. 4. 1. 4. Clases de interpretación

2. 4. 1. 4. 1. La interpretación en función de sujetos

Esta modalidad hace alusión por el sujeto que efectúa la interpretación y se distingue en los siguientes:

a) Auténtica

Es la que efectúa el legislador, pero no es la que aparece en la exposición de motivos de la ley ni la que consta en los diarios de sesiones del parlamento, si no el sentido auténtico que quiere dar a un concepto o expresión legal que aparece en el texto de la propia ley o de otra ley distinta, y tiene fuerza vinculante por ser la propia ley la que efectúa la interpretación (Luzón Peña, 2016, p. 156).

b) Doctrinal

Esta interpretación es la propuesta por la doctrina científica, que tendrá mayor peso si es doctrina unánime, dominante o mayoritaria, pero que en cualquier caso tiene el valor de solidez en la argumentación y fuerza de convicción, hasta el punto de que, aunque en un determinado periodo la interpretación jurisprudencial no coincida con la posición doctrinal dominante o con una posición doctrinal minoritaria, nada impide que su capacidad de convicción determine que a partir de otro momento sea acogida por los aplicadores del derecho (Luzón Peña, 2016, p. 157).

c) Judicial

También se la denomina jurisprudencial, es la efectuada por los aplicadores del derecho, en el caso penal, por los jueces y tribunales, esto en un sentido amplio, en un sentido más restringido solo se habla de interpretación jurisprudencial a la efectuada por el Tribunal, que en algunos sistemas es vinculante y en otros no. Pero en cualquier caso tiene una importancia práctica, sobre todo cuando es una interpretación uniforme o constante (Luzón Peña, 2016, p. 157).

2. 4. 1. 4. 2. La interpretación en función de resultados o efectos

La doctrina tradicional propone una clasificación tripartita: interpretación declarativa, restrictiva y extensiva, y otro sector defiende una posición binaria: interpretación extensiva y restrictiva, en ese cometido, se tiene:

a) Declarativa

Esta interpretación se limita a dejar constancia de que el tenor literal coincide perfectamente con la voluntad o finalidad pretendida por la norma (Luzón Peña, 2016).

b) Restrictiva

Esta interpretación supone que el tenor literal va más allá, es más amplio que la voluntad de la norma, y por eso hay que restringir el significado literal para que abarque solamente lo pretendido por la voluntad o finalidad de la norma (Luzón Peña, 2016).

c) Extensiva

Esta interpretación supone que el tenor literal se queda corto respecto de lo pretendido por la voluntad o finalidad de la norma y hay que ampliar o ensanchar dicho tenor, más allá

del estricto significado literal, hasta hacerlo coincidir con la voluntad de la norma (Luzón Peña, 2016).

2. 4. 1. 4. 3. La interpretación en función de medios

Para esta parte seguiremos a Pierluigi Chiassoni (2012), quien expone de manera detallada esta forma de interpretación:

a) Literal

Llamado también gramatical, filológico o lingüística, y supone el uso de recursos hermenéuticos constituidos por datos concernientes: i) al uso común de las palabras en una determinada comunidad de usuarios, y, ii) a las reglas gramaticales de la pertinente lengua natural (pp. 90 -91).

El mismo autor también nos señala cinco criterios:

A un enunciado se le debe atribuir el significado que resulte del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que está formulada (*interpretación literal*), o en el momento de la producción de la disposición (*interpretación literal -ordinaria -histórica o literal -ordinaria -originalista*). O en el momento de la aplicación de la disposición (*interpretación literal -ordinaria -evolutiva, o literal -ordinaria -actualizada*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado que resulte del uso especializado de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que esté formulada, en el momento de la producción de la disposición (*interpretación literal -especializada -histórica, o literal -especializada -originalista*). O en el momento de la aplicación de la disposición (*interpretación literal -especializada -evolutiva, o literal -especializada -actualizada*) (pp. 91 -92).

b) Psicológica

La interpretación psicológica supone la utilización de recursos hermenéuticos constituidos por datos de naturaleza nominalmente psicológica, concernientes a la mente, la voluntad, o a la intención del legislador (Chiassoni, 2012, p. 94).

El anotado autor también, nos refiere que esta modalidad interpretativa asume los siguientes criterios:

A un enunciado se le debe atribuir el significado que corresponde a la voluntad del legislador (*interpretación psicológica*). O en el momento de la producción de la disposición (*interpretación psicológico -lingüista originalista, o genético -lingüística*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico pretendía alcanzar, mediante la disposición, en el momento de su producción (*interpretación psicológico -funcional originalista, o genético -teleológico*). O en el momento le habría querido atribuir, si hubiese producido la disposición en el aquí y ahora de su aplicación (*interpretación psicológico -lingüística actualizada*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador presente habría querido alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese producido en el aquí y ahora de su aplicación (*interpretación psicológico -funcional actualizada*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado que el legislador histórico habría querido atribuirle, si hubiese producido la disposición en el aquí y ahora de su aplicación (*interpretación psicológico -lingüística originalista contrafáctica*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico habría querido alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese producido en el aquí y ahora de su aplicación (*interpretación psicológico -funcional originalista contrafactual*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado correspondiente a los usos lingüísticos del legislador. (*interpretación sistemática según la hipótesis de la constancia terminológica del legislador*) (pp. 95 -100).

c) Histórico

Esta interpretación consiste en atender a los antecedentes y génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior (a veces a varias consecutivas), si la había y su comparación con la vigente, a la situación de la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos, así como a la exposición de motivos o memorias de la propia ley (Luzón Peña, 2016, p. 159).

d) Autoritativa

La interpretación teleológica supone la utilización de los recursos constituidos por consideraciones finalistas cuya relevancia interpretativa refleja la adhesión al principio de razón suficiente (*nulla lex sine ratione*) (Chiassoni, 2012, p. 104).

El mismo autor señala que esta abarca dos criterios:

A un enunciado se le debe atribuir el significado sugerido por la ratio o propósito objetivo de la propia disposición (*interpretación teleológica o funcional*).

A un enunciado se le debe atribuir el significado sugerido por la pertinente norma final, explícita o implícita, del instituto, sector o subsector al que pertenece la disposición (*interpretación teleológica -sistemática*) (p. 104).

2. 4. 1. 5. Técnicas de interpretación.

Martínez Zorrilla (2010), la interpretación no es una tarea del modo libre, sin que se siga guías o pautas, existe técnicas, esquemas argumentativos o conjunto de reglas que gozan de una larga tradición jurídica, que limitan y hacen que sean admisibles las interpretaciones (p. 64).

Riccardo Guastini (citado por Martínez Zorrilla, 2010), presenta una primera división de las técnicas de interpretación, así diferencia entre interpretación literal e interpretación correctora, que son excluyentes. Entiende como interpretación literal (o declarativa), aquella que se ajusta al significado lingüístico jurídico de la expresión interpretada (comunidad de los juristas), es decir, la que se ajusta a las palabras del legislador a la hora de dar significado a la disposición normativa en contexto determinado; mientras que, entiende como interpretación correctora, aquella que se aparta de la interpretación literal, es decir, le da un significado distinto al del legislador o la autoridad normativa, pudiendo ser extensiva (Esta interpretación se extiende o se amplía del ámbito de la aplicación de una norma, siendo aplicable a casos, que de acuerdo con una interpretación literal quedarían excluidos o restrictiva) o restrictiva (Esta interpretación restringe o limita el ámbito de aplicación de la norma, entonces, supone excluir del ámbito de la aplicación de la norma cierto sentido interpretativo literal) (pp.65 -66).

2. 4. 1. 5. 1. El argumento sistemático.

a) *El argumento o razonamiento a coherencia*. Establece que una disposición normativa debe interpretarse de modo que resulte coherente (no contradictoria) con otros enunciados jurídicos del sistema, es decir, que debe optarse por una interpretación que no resulte contradictoria (en si es una interpretación correctora). Esta interpretación se asemeja a la interpretación conforme a la constitución, vale decir, que no es contraria a la constitución (Martínez Zorrilla. 2010, pp. 67 -68).

Un ejemplo: se cuenta con dos enunciados normativos al que se denominará EN1 y EN2, así, la primera “prohíbe fumar en recintos deportivos”, el segundo “prohíbe fumar en los bares y restaurantes de las instalaciones deportivas, siempre que tengan una superficie mínima de 100 m² y zonas separadas para fumadores y no fumadores”. De acuerdo con una interpretación literal existiría una antinomia, pues, en ciertas zonas está permitido fumar y en otras no, pero de acuerdo con la coherencia, el EN1 solo permite fumar en aquellos recintos deportivos que cumplen los requisitos establecidos por el EN2.

b) *El argumento sede materiae*. Plantea que, a la hora de interpretar un enunciado normativo, debe tenerse en cuenta el contexto o marco normativo en el que esta se encuentra (contexto normativo); puede ser limitado, con relación a un capítulo concreto de la ley o puede ser amplio de acuerdo con la rama del ordenamiento que se trate (Martínez Zorrilla. 2010, p. 69).

Un ejemplo, el concepto de propiedad es distinto dentro de la dogmática penal con relación a la dogmática civil. Es decir, en el campo penal se considera en el delito contra el patrimonio, agraviados tanto a los propietarios o poseionarios o tenedores de un bien (no se exige derecho de propiedad), lo que en el campo civil o administrativo no es así. Otro concepto al que se puede recurrir, es al de funcionario público, sobre ello en la dogmática penal el concepto es amplio, pudiendo alcanzar a los trabajadores o contratantes con la administración pública, mientras que en el campo administrativo solo tiene tal calidad las autoridades administrativas.

2. 4. 1. 5. 2. El argumento histórico.

De acuerdo con este esquema de razonamiento las disposiciones jurídicas han de interpretarse de acuerdo con la tradición jurídica, esto es, conforme se han entendido

históricamente los distintos conceptos e instituciones jurídicas. Es un argumento conservador, que pretende mantener la continuidad de la tradición jurídica a la hora de interpretar los preceptos normativos. Este tipo de argumento también estaría en la base del recurso al precedente o a la jurisprudencia como criterio para determinar la interpretación (Martínez Zorrilla. 2010, p. 71).

2. 4. 1. 5. 3. El argumento teleológico.

Consiste en atender al espíritu, finalidad, objetivos, etc., del precepto normativo a la hora de determinar el significado; esto es, como el propósito o finalidad de la ley, y no del legislador o autoridad que dictó la disposición. Esta también es una interpretación correctora, y se recurre a esta interpretación cuando se ajusta mejor al caso, pudiendo ser restrictiva o extensiva (esto ya se tiene explicado anteriormente) (Martínez Zorrilla. 2010, p. 72).

2. 4. 1. 5. 4. El argumento psicológico.

Es también conocido como de la voluntad del legislador. Consiste en intentar fundamentar la interpretación del precepto normativo en aquello que pretendía o entendía la autoridad concreta que la dictó; es una forma de descubrir el contenido de una hipotética interpretación auténtica. Esta interpretación colisiona con la teleológica, pues es problemático descubrir cuál era la voluntad del legislador, si bien se puede recurrir a fuentes como los preámbulos, exposición de motivos, proyectos, ante proyectos, discursos, etc., y si aún se descubriera la voluntad del legislador, tiene el problema de que si es pertinente tomarla en desmedro de las interpretaciones posibles y más coherentes, es decir, más conveniente en el presente, se cita como ejemplo en la legislación de Estados Unidos, en el siglo XVIII era bien visto (no es cruel) la pena de muerte en su jurisprudencia, de modo tal es posible su interpretación para el día de hoy, estando que se entiende que no es cruel desde su imposición (Octava enmienda de la Constitución americana) (Martínez Zorrilla. 2010, pp. 74 -75).

2. 4. 1. 5. 5. El argumento sociológico.

Propone que la determinación o atribución de significado a los enunciados normativos debe ir guiado de la realidad social o contexto histórico del momento en que debe aplicarse la ley, así, aboga una interpretación para adecuarse al contexto, circunstancias o exigencias sociales y culturales cambiantes (Martínez Zorrilla. 2010, p. 75).

2. 4. 1. 5. 6. El argumento económico.

Si una disposición es susceptible de varias interpretaciones y una de ellas es redundante (reiterada o superflua) con lo dispuesto por otro precepto y otra no lo es, es preferible la interpretación que no da lugar a la redundancia. Esta interpretación parte del presupuesto de que el legislador o autoridad no dicta disposiciones superfluas o innecesarias, por tanto, si dos disposiciones dicen lo mismo, debe tratarse de descubrir el verdadero sentido de los preceptos, pues sería absurdo que se tratará de una mera repetición (Martínez Zorrilla. 2010, p. 76).

2. 4. 1. 5. 7. El argumento apagógico (o de reducción al absurdo).

Esta interpretación tiene como una de sus características, el hecho de ser un argumento negativo o indirecto: en lugar de ofrecer razones o apoyos directos a favor de una determinada tesis, muestra que otra tesis distinta o incompatible es rechazable por dar lugar a resultados absurdos (Martínez Zorrilla. 2010, p. 77).

Para este argumento se debe utilizar dos criterios: i) Que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado; y ii) Que ese resultado es absurdo, no deseable o inaceptable desde el criterio del ordenamiento jurídico (Gascón Abellán, 2014, p. 268).

2. 4. 1. 5. 8. El argumento a fortiori.

Se presenta, del siguiente modo: i) una disposición atribuye una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho; ii) pero, otro supuesto de hecho distinto merece esa misma consecuencia jurídica con mayor razón; iii) por tanto, debe interpretarse que la disposición en cuestión atribuye esa consecuencia jurídica también al segundo supuesto de hecho. Entonces el argumento se basa, en un juicio comparativo de merecimiento de consecuencia.

2. 4. 1. 5. 9. El argumento analógico (a pari, o a simili).

Se usa para integrar lagunas y consiste en atribuir a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica prevista para otro distinto supuesto, pero con quien guarda cierta

semejanza. Esta constituye una interpretación extensiva, entonces no utiliza la interpretación literal o estricta, y se plantea en la siguiente construcción lógica:

1° Si H (supuesto) → C (consecuencia)

2° Si H (supuesto) y G (supuesto) → C (consecuencia)

3° Si G es semejante a H (juicio de semejanza entre los supuestos)

4° Si G (supuesto) → C (consecuencia)

2. 4. 1. 5. 10. El argumento a contrario.

Siguiendo a Gascón Abellán (2014), señala que, deriva del brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (el legislador ha dicho todo lo que quería decir; lo que no ha dicho es porque no quería decirlo), se trata de una perfecta correspondencia entre el texto de la ley y la voluntad del legislador, lo que constituye un argumento interpretativo otorgándole a la ley un significado literal negándosele la interpretación extensiva; así, se usa este argumento cuando se pone de relieve la existencia de una laguna -no está expresada en la ley- que puede ser superada de diferentes modos –voluntad del legislador, los fines de la ley u otro argumento posible-, es decir, de forma creativa, por cuanto si el legislador ha atribuido una consecuencia jurídica para cierto supuesto, es porqué ha querido excluir esa consecuencia para el resto de supuestos, lo que quiere decir, que solo en los supuestos regulados procede la consecuencia jurídica y está excluida a los supuestos no regulados. Se explica también en el sentido, donde la ley “calla” no hay laguna, sino una norma implícita de contenido opuesto a la disposición que se está interpretando (lo que no está prohibido está permitido).

2. 4. 2. La integración jurídica (Lagunas del derecho).

2.4.2.1. Conceptos

Se sabe que las disposiciones legales se dan con las debidas notas de generalidad y abstracción, para regular los innumerables casos que se dan en la vida, pero es imposible regular todos los problemas que puedan presentarse al jurista, así, esta circunstancia se denomina lagunas del derecho (Muñoz Conde, 2014, pp. 169 -170).

Para Ferrari Yaunner (como se citó por Grisel Galiano y Deyli González, 2012) refiere que integrar implica analizar el derecho como un todo, ver en conjunto para buscar una solución

ante la ausencia o insuficiencia de un precepto normativo para un supuesto específico (p. 438).

2. 4. 2. 2. Finalidad de la integración jurídica

La doctrina y el ordenamiento jurídico han desarrollado reglas que permitan superar las lagunas jurídicas, y esto particularmente en la actividad jurisdiccional para que sea eficaz y supere la carencia normativa, así se acude a dos métodos: la autointegración y heterointegración, el primero acude al mismo ordenamiento jurídico –su propia fuente o mecanismo funcional -, siendo estas la analogía y los principios generales del derecho; mientras que el segundo pretende salvar las lagunas acudiendo a las fórmulas que están fuera de la ley, como la costumbre, jurisprudencia o la equidad (Galiano Maritan & González Milián, 2012, pp. 439 -440).

2. 4. 2. 3. Métodos de integración jurídica.

2. 4. 2. 3. 1. La auto integración.

Al respecto expone FERRARI YAUNNER: "No sería loable afirmar que los jueces son solo autómatas aplicadores de la ley, pues su actividad ante las lagunas es ardua y compleja, contentiva de una cuota de discrecionalidad indiscutible, pero discrecionalidad con límites, con los límites que impone el ordenamiento y la preservación de la legalidad" (p.76).

Para Tomas Ogayar (2006) no dice que los jueces poseen un determinado poder discrecional, pero eso no significa que puedan crear normas, su labor radica en interpretar y aplicarlas. Sin embargo, no debe creerse que la aplicación sea obra exclusiva de un juez, pues en realidad, en la mayoría de los casos la aplicación del Derecho se produce de manera espontánea, tanto por un particular, como por un funcionario público que procede de acuerdo con lo que la normativa específica le ordena.

No obstante, los que están llamados a decir la última y definitiva palabra en los conflictos que pueden plantearse entre las personas o sujetos del Derecho son los jueces, resultando de esta forma los organismos superiores en la función de aplicar las normas jurídicas, pues siempre queda la posibilidad de recurrir al poder judicial en el caso de que un derecho subjetivo haya sido vulnerado o cuando se produce un conflicto entre dos o más

personas que no puede resolverse de otra forma. Pero ¿qué hacer ante un problema que se presenta para su solución y no tiene el encaje adecuado en un texto legal?, es aquí cuando surgen las mayores dificultades, pues los jueces deben ir más allá de lo que dice la ley para encontrar el principio jurídico aplicable al caso sometido a su juicio.

El problema de la plenitud del ordenamiento jurídico, la existencia de lagunas en el Derecho, así como la técnica utilizada para suplir dichas lagunas es, según FERNÁNDEZ BULTÉ, lo que normalmente se conoce como la integración del Derecho. El término integración, según el *Diccionario de la Lengua Española*, proviene del verbo 'integrar', que significa componer un todo con sus partes integrantes. Integración como tal es la acción y efecto de integrar, juntar personas o cosas distintas para que se muevan y obren como una unidad.

Para FERRARI YAUNNER "Integrar significa analizar el Derecho como un todo, verlo en su totalidad para buscar una solución ante la ausencia o insuficiencia de regulación para un supuesto específico".

Bobbio (citado por Galiano Maritan & González Milián, 2012), la autointegración ocurre cuando el mecanismo de la integración o sus fuentes se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, sin tener que salir de su contexto para completar las lagunas jurídicas (p. 440). Vale decir que el sistema jurídico acude a sus propias soluciones (la analogía y los principios generales del derecho) (p. 439).

La analogía como método de auto integración.

Galiano y Gonzales (2012) abordaron el tema de la integración del derecho ante la lagunas de la Ley, señalándose lo siguiente:

Desde el Derecho romano parece admitirse o haberse utilizado un criterio analógico. La glosa da la fórmula general de la analogía [*procedam de similibus ad similia*], e incluye la analogía entre los procedimientos admitidos de interpretar las leyes. Su importancia, según refiere DE CASTRO Y BRAVO, aumenta con los glosadores, que la empleaban para acudir al príncipe (*ultiman recursos*) a fin de pedirle que decidiera una cuestión legalmente no prevista. En el Renacimiento, la analogía se utiliza para la interpretación, y como último recurso al que acudir en caso de tener

que escoger entre dos disposiciones contradictorias. El papel de la analogía cambia con el predominio de los pandectistas alemanes, pues la escuela histórica piensa que ella hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho, y que es uno de los modos de creación jurídica en que se manifiesta el Derecho de los juristas, aunque se sigue utilizando como medio para lograr la pretendida perfección del ordenamiento positivo.

La analogía constituye un procedimiento lógico que trata de inducir, de otras soluciones particulares consagradas por el Derecho, el principio íntimo que las explica para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva; es el método más usado por los ordenamientos jurídicos en la actualidad, a través de él se puede aplicar una norma jurídica a un caso no previsto por el legislador, porque la hipótesis de esta tiene relación con la situación presentada.

Compartimos el criterio de FERRARI YAUNNER sobre la imposibilidad de usar la analogía en las lagunas axiológicas por no ser estas lagunas integrables, puesto que aquí el juez o el operador jurídico ante el cual se presente dicha situación estaría modificando la norma jurídica existente extralimitando sus funciones.

El procedimiento analógico consiste en generalizar las normas particulares existentes y aplicar el principio así obtenido a otros casos no previstos pero sí similares. Para ello HASSEL compara dos situaciones jurídicas y aplica a la no legislada las soluciones dadas para las que tienen caracteres semejantes. La utilización de este procedimiento obliga a confrontar dos situaciones jurídicas a las que se trata de dar soluciones idénticas, pues si difieren en su esencia no podrá aplicarse el método analógico.

La analogía es un procedimiento de superación de las lagunas jurídicas que consiste en la resolución de casos no directamente regulados mediante la aplicación de normas del propio ordenamiento que regulan otros casos semejantes. En su utilización el juez tiene la responsabilidad de valorar, en aras de encontrar la mayor similitud posible entre los dos casos, el recogido en la ley y el no refrendado. Cuando se utilice la analogía hay que actuar con diligencia porque podemos poner en riesgo la seguridad jurídica.

Asimismo, la analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas, donde una ha sido prevista legalmente y la otra no, las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Se trata de la "creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos solo son semejantes".

FERNÁNDEZ BULTÉ la clasifica en analogía *legis*, conocida como aplicación de normas legales a casos semejantes, y en analogía *iuris*, identificada como la búsqueda de soluciones que se encuentran en los principios generales del Derecho, específicamente en aquel o aquellos que regulen o se refieran, de manera más parecida, a la situación de hecho que ha sido presentada.

"La diferencia que existe entre la analogía *legis* y la analogía *iuris*, desde el punto de vista operativo es grande: la *iuris* es técnica de aplicación de principios generales del Derecho, que solamente se aplican en defecto de ley o costumbre; la *legis* es una técnica de aplicación de la ley, que es la fuente del Derecho primaria con carácter general en nuestro ordenamiento. Por eso, la analogía *legis* produce como resultado la extensión de la aplicación de las leyes antes de acudir a las fuentes subsidiarias del Derecho".

Nuestro ordenamiento jurídico no establece expresamente la aplicación de la analogía, y consideramos que su regulación se hace necesaria, ella debe emplearse con mucha reserva, solo para ampliar derechos y fortalecer garantías, teniendo en cuenta la concurrencia de los siguientes requisitos:

En primer orden, la existencia de una laguna legal con respecto al caso contemplado. En segundo orden, la concurrencia de la igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto o los supuestos previstos por el legislador, teniendo en cuenta los elementos esenciales, jurídicamente relevantes que constituyen la *ratio iuris* o fundamento de la norma.

Y, por último, la inexistencia de la voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía se da cuando dicta una prohibición expresa de usar en ciertos casos el sistema analógico, y cuando establece una determinada disposición que propone darle un ámbito limitado al caso concreto de que se trata, excluyendo los casos análogos.

Puede ocurrir, que aun dándose efectivamente sus condiciones, el recurso a la analogía se encuentre vedado y no pueda ser utilizado en las normas temporales, pues si una norma se dicta para que afecte a los sucesos acaecidos en un periodo de tiempo concreto, pasado este, la norma deja de tener vigencia, por lo que resulta lógica su no aplicación, que se debe fundamentalmente a la falta de vigencia. En relación con las normas penales, la exclusión de la analogía se fundamenta en la vigencia de los principios de tipicidad y legalidad en materia penal, que imponen que nadie pueda ser sancionado por observar una conducta que la ley no haya tipificado como delito o falta.

En las normas excepcionales no es loable la utilización de la analogía, pues ellas se caracterizan por suponer excepciones de los criterios generales mantenidos y refrendados por el ordenamiento para la normalidad de los supuestos, de donde se inferiría que su contradicción con esos principios o criterios generales las priva de la fuerza expansiva que la analogía representa.

El significado teórico y la importancia práctica del método analógico quedan cifrados en el hecho de ser un importante medio integrativo, a partir del cual el Derecho crece, alimentándose de su propia sustancia mediante su desarrollo lógico o dialéctico. Pero evidentemente no es el único, los principios generales también constituyen un método eficiente a la hora de integrar el Derecho.

Luigi Lombardi Vallauri (citado por Juan Clanciardo, 2005), señala la “analogía es la extensión de principios que pueden extraerse de la ley a casos que se diferencian de aquellos decididos en la ley de forma solo inesencial”. Esta definición distingue dos dimensiones: primero, en el razonamiento por analogía no se recurre directamente a una disposición de la ley, sino a un principio (contenido normativo no escrito); el segundo, la diferencia entre el caso contemplado en la ley y el que se va a regular por analogía es inesencial o contingente (p. 443).

2. 4. 2. 3. 2. La heterointegración

En términos de Fernández Bulté (citado por Galiano Maritan & González Milián, 2012), la hetero integración ocurre cuando se soluciona la laguna del derecho acudiendo a

recurso externos al ordenamiento jurídico, es decir, los que están fuera de la ley, la que ha sido utilizado en la etapa de la codificación, bajo la denominación de derechos supletorios o por remisión de cuerpos legales a otros (p. 440).

Dentro de estas se menciona a la costumbre, jurisprudencia o valores como la equidad.

a) La costumbre.

Según Luzón Peña (2016): la costumbre para ser considerada fuente de Derecho, supone una conducta reiterada y extendida en un ámbito social que se realiza por la población con la convicción de ser jurídicamente obligatoria, creando por ello derechos y obligaciones. En el ámbito penal la costumbre puede desplegar una limitada eficacia en la determinación del ámbito de algunas eximentes, como el ejercicio del derecho o el cumplimiento del deber, en la medida en que remiten a normas extrapenales y estas a veces remiten a la costumbre en el Derecho privado, o de derechos y deberes en las actuaciones de guerra, siendo de carácter consuetudinario en gran medida las normas del Derecho internacional y de gente; o también la eximente de «adecuación social» (...) (p. 150).

Entonces, se tiene que la costumbre integra el ordenamiento jurídico, pero como de segundo orden si se quiere en el sistema jurídico, por cuanto, la seguridad jurídica esta en la normativización. Así, para el caso de naturaleza penal, la costumbre no está para juzgar un acontecimiento fáctico, ello por principio de legalidad -las conductas ilícitas deben estar previamente normadas en ley -, pero, si es de obligatoria aplicación en el caso de los juzgamientos o determinación de responsabilidades penales, así la Constitución reconoce como derecho fundamental la identidad étnica y cultural:

Ar. 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

19. A si identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.

En función de ello, uno de los contextos de este derecho, tiene desarrollo en el Código penal como causa de exención de responsabilidad penal:

Art. 15. Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, será eximido de responsabilidad.

Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

b) La jurisprudencia.

En palabras de García Maynez (1992) el término jurisprudencia tiene dos acepciones, una equivale a ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo, y la segunda, designa el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales (p. 68).

La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico es fuente de derecho, pero de naturaleza complementaria o indirecta, debido a que no es fuente primaria (formales), así su función es interpretar, integrar y complementar a las fuentes formales del derecho.

La función integradora está referida a una actividad dirigida a completar una laguna normativa, es decir, crear una ley donde no existe. Sobre ello, particularmente creo que la jurisprudencia más que integrar tiene una función de interpretación correcta de la ley, esto a través de las sentencias, así en nuestro sistema jurídico se tiene expresado en la Ley Orgánica del Poder Judicial que las decisiones judiciales son de carácter vinculante siempre que así lo expresen los jueces:

Art. 22° Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial “El Peruano” de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. (...)

De lo anotado, no cabe duda que la jurisprudencia es fuente del derecho, pero no es primaria, si no es una fuente indirecta, en su sentido interpretativo y no integradora, más esta rigurosidad se traslada al ámbito penal, estando que prima el principio de legalidad.

c) La equidad.

Vigo (2017), la equidad acompaña al origen del derecho en relación con la tensión entre la generalidad de la ley y la solución judicial de los casos, su raíz etimológica se remite a la frase *aequus* como lo igual y lo justo, así el uso de la equidad es de competencia de los jueces en el momento de resolver los casos. Así su comprensión se funda en las distintas teorías jurídicas y se presenta en los siguientes:

i). La equidad como mera rectificación de lo justo legal (T. Casares). Se funda en el tratamiento que Aristóteles le dio a la equidad, en su libro V de la ética a Nicómaco, relacionándola con la justicia, por ello se asimila a lo justo concreto, en el sentido que su uso se torna necesario para rectificar lo contemplado en la norma legal que en un caso yerra dado su generalidad e imposibilidad de contemplar anticipadamente todos los casos; así la injusticia rectificada no está en la ley, si no se genera en la naturaleza particular del caso resuelto por equidad.

ii). La equidad como algo ajeno al derecho (Kant). Kant denomina a la equidad como el derecho equívoco o derecho en sentido lato, porque carece de la facultad de obligar, pues quien pide la aplicación del principio de equidad le falta condiciones que son necesarias al juez para decidir cuánto se le debe y de qué manera se puede satisfacer su petición.

iii). La equidad como atemperación del derecho (J. Hervada). Esta posición concibe a la equidad como vinculada a la indulgencia, misericordia o benevolencia, así se le asocia a Platón, así como ha sido de uso de los ámbitos eclesiásticos. El proponente de esta teoría señala que en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes como la solidaridad, la caridad, la misericordia, la moderación y otros que deben armonizarse con la justicia.

iv). La equidad como igualdad (García Maynez). Desde esta perspectiva dice “decir que un conflicto de derechos debe resolverse observando la mayor igualdad posible entre los interesados, y afirmar que debe solucionarse acatando los dictados de la equidad, es lo mismo”. Así, también se rechaza que la equidad sea un correctivo de las leyes, pues el juez debe aplicarla siempre que no haya norma aplicable y las reglas de la interpretación jurídica han resultado impotentes para ofrecer la solución.

v). La equidad como irrelevante (Exégesis). Desde el punto de vista de la exégesis francesa decimonónica es innecesario apelar a la equidad porque el legislador ha contemplado todos los casos (no hay lagunas), así Laurent señaló “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho está hecho, No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”. De allí el apotegma “*Dura lex, sed lex*”, donde el juez humilla su razón ante la ley, está instituido para juzgar conforme a ella, pues no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón de la ley.

vi). La equidad como irracionalismo judicial (H. Kelsen). Desde esta óptica, el problema de los valores no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional, pues la solución a un problema es siempre un juicio que está determinado por factores emocionales y por un carácter eminentemente subjetivo. Así, que un juez apele a la equidad para corregir un defecto legal, no es más que recurrir a su irracionalidad o emociones con la pretensión que triunfe frente a la irracionalidad del legislador.

vii). La equidad dentro de la legalidad y fuente de ilegitimidad (L. Ferrajoli). Este autor rechaza los principios y la argumentación, a ello se suma su escepticismo ético o de la razón práctica, pues los valores se asumen, pero no se justifican. Así, el poder del juez es fisiológicamente cognitivo pues se apoya en la proposición fáctica comprobable en su verdad por medio de la prueba y en la proposición jurídica también verificable a través del significado de los enunciados normativos. Entonces, su posición es que se confió en la razón práctica, es decir, a la ley de la razón de los jueces y de los juristas teóricos, y respalda su postura citando a Hobbes “lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, si no la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que manda”.

viii). La equidad como justo concreto (C. Massini). En esta se postula el realismo jurídico clásico respaldándose en los textos de Aristóteles y Aquino, en el sentido que la equidad es más que la rectificación legal para el caso, a través de lo que considera tres institutos “la interpretación realista de la ley”, “la doctrina de las lagunas de la ley” y “la declaración de inconstitucionalidad de la norma”, entonces así es posible que el juez pueda emitir soluciones

justas, esta posición también se corrobora con la de Abelardo F. Rossi quien señala que la equidad “ no es una regla de interpretación de la ley positiva, no suple las lagunas de la ley, no implica amenguar la obligación que surge de una ley muy rigurosa... no es un manipuleo indulgente y benigno de la ley basado en la piedad con respecto al deudor o al delincuente... lo que la equidad corrige no es la ley positiva de por sí, si no el seguimiento externo de su texto y de sus fórmulas cuando la justicia clama el cielo... la equidad no asimila la función judicial a la legislativa”.

ix). La equidad se inscribe intrínseca y necesariamente en la función judicial (R. Vigo). Consiste en derivar racional o prudencialmente desde el derecho válido y vigente la mejor o más justa solución para cada caso, así, supone que la equidad es algo propiamente jurídico, en tanto completa el esfuerzo por la justicia que justifica la existencia del mismo derecho; pues este recurre no solo a normas generales justas si no a determinación jurídica concreta igualmente justa. Por otro lado, la equidad no tiene por objeto atemperar al derecho, contrariamente lo perfecciona proyectándolo con justicia en los casos particulares, es decir, sirve como complemento y necesario para culminar en una razón práctica (pp. 335 -340).

2. 4. 3. Argumentación jurídica

2. 4. 3. 1. Concepto

A decir de Figueroa Gutarra (2013) señalo lo siguiente:

La argumentación jurídica nos enseña a construir las razones con las cuales sustentamos una decisión con relevancia jurídica. La argumentación constitucional, a su turno, reconduce nuestra base argumentativa por el escenario de los derechos fundamentales y determina en qué medida, las pretensiones constitucionales han de merecer una respuesta razonada de los intérpretes autorizados de la Constitución que son en propiedad los jueces constitucionales.

Podemos figurarnos, entonces, que la importancia de la argumentación jurídica radica en que ella permite la plasmación de las justificaciones del juzgador a propósito de su decisión. Inicialmente el juez se encuentra frente a un problema, identifica a qué alude la controversia sometida a su conocimiento y luego de ello, realiza un examen exhaustivo de los hechos.

El contexto de descubrimiento habrá de informarle que será necesario recurrir a su bagaje de conocimientos para asumir determinada posición, será exigible adoptar una posición frente al problema jurídico suscitado y luego de ello, habrá que comenzar a construir la decisión, cuidando de separar en forma ordenada sus argumentos, los cuales unos habrán de constituirse, los complementarios, como obiter dicta, o razones complementarias, y otros tantos, como ratio decidendi, o justificaciones principales del fallo.

2. 4. 3. 2. Ámbitos de la argumentación jurídica

Atienza (2015) expone que la teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión los razonamientos de los contextos jurídicos, así distingue tres campos distintos donde se efectúa estas argumentaciones:

Primero, en el ámbito de la producción o establecimiento de normas jurídicas, en esta se puede diferenciar dos criterios de argumentación, de fase prelegislativa - un problema social puede ser atendido adoptando una medida legislativa - y las que se presentan en la fase legislativa -el argumento es de carácter más político y moral que jurídico -. Cabe exponer que la teoría de la argumentación jurídica propiamente no se ocupa de este contexto.

Segundo, en el ámbito de la aplicación de normas jurídicas para resolver los casos, aquí cabe distinguir dos criterios, argumentaciones en relación con situaciones concernientes a los hechos -esta se plantea generalmente en los órganos no jurisdiccionales por ser problemas sobre hechos - o bien al derecho (puede denominarse problemas de interpretación) -esta se plantea generalmente en órganos superiores de la administración de justicia -. En esta se resuelve casos concretos.

Tercero, en el ámbito de la dogmática jurídica (actividad compleja), se divide en tres criterios: suministra métodos para la producción del derecho en las distintas instancias en que ello tiene lugar; suministra métodos para la aplicación del derecho;

y, ordena y sistematiza una parte del ordenamiento jurídico. Esta se ocupa de casos abstractos, como determinar el límite entre el derecho a la vida y la libertad (pp. 2 - 3).

2. 4. 3. 3. Funciones de la argumentación jurídica

Atienza (2005), considera que la teoría argumentación jurídica debería cumplir tres funciones:

- a) Función teórica o cognoscitiva, señala en atención a la propuesta de Alexy, que el derecho debe verse como un sistema de normas (perspectiva de la teoría estándar - estructural - del derecho) y, como un sistema de procedimientos (perspectiva asumida por la teoría de la argumentación jurídica), a través del cual se permita el desarrollo de otras disciplinas jurídicas o no, para tener un entendimiento profundo del fenómeno jurídico y del arte de argumentar.
- b) De naturaleza práctica o técnica, la teoría debe ofrecer una orientación servible en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, dirigido tanto a los prácticos del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica.
- d) Una función política o moral, ello tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, indudablemente, está siempre en la base de cierta concepción de la argumentación, ello en razón de que se logre asumir la idea de Dworkin o Alexy, pero, en definitiva, lo que interesa es hacer justicia de acuerdo con el derecho sea desde la concepción política o moralmente correcta (pp. 216 -218).

2. 4. 3. 4. La justificación de argumentos.

Martínez Zorrilla (2010), señala que muchos autores han remarcado que la justificación de argumentos requiere de dos aspectos o elementos: una parte, por el que exista vínculo o conexión entre las premisas y la conclusión sea adecuada, es decir, que exista corrección lógica; una segunda parte, es necesario que las premisas sean sólidas, correctas y justificadas, no pueden ser débiles, falsas o incorrectas. De lo argüido, es posible diferenciar dos dimensiones distintas en la justificación, ambas imprescindibles, pero ninguna de ellas suficiente por sí solas, y se las denomina dimensión interna y dimensión externa o simplemente justificación interna y justificación externa (p. 191).

2. 4. 3. 4. 1. Justificación interna (Justificación de la conclusión – criterios lógicos).

Martínez Zorrilla (2010), anota, se considera que un argumento está internamente justificado si, y solo si, entre las premisas y la conclusión existe un vínculo lógico correcto; vale decir, si se ajusta a las leyes de la lógica, de modo que la conclusión se deduce o se infiere lógicamente a partir de las premisas (p. 192).

2. 4. 3. 4. 2. Justificación externa (Justificación de las premisas -Criterio normativo y epistemológico).

Martínez Zorrilla (2010), señala: que se considera que un argumento está justificado externamente si, y solo si, las premisas del razonamiento son sólidas (verdaderas, correctas, etc.) (p. 194). Para ello, se debe hacer una selección adecuada de las premisas, y la fortaleza del razonamiento está en función de que las razones que se aporten para justificar la conclusión sean adecuadas, de lo contrario, si son débiles, cuestionadas o falsas, el argumento carecerá de fuerza justificativa.

De igual modo el mismo autor Martínez Zorrilla (2010), establece que esta justificación plantea ciertas dificultades que la dimensión interna. Así, la solidez de una premisa se sustenta en la justificación en mayor o menor medida o más o menos sólida, no depende de que sea correcta o incorrecta. A decir en el contexto jurídico (abogados, jueces, dogmáticos, etc.), la argumentación básicamente reside en dos tipos o categorías generales de premisas; por una parte, están aquellas premisas que se refieren al contenido del derecho (premisas normativas), donde la justificación respecto a la debida interpretación del enunciado normativo; y, por otra parte, son las premisas relativas a los hechos, donde la justificación depende de su verdad o falsedad (hechos probados) (p. 195).

2. 4. 3. 5. Vicios en la argumentación (Falacias argumentativas).

Para Atienza (2005), el estudio de la argumentación no sería completo si no se hace referencia a las falacias o los vicios de la argumentación o las formas incorrectas de argumentar (p. 93).

Toulmin (citando Atienza, 2005), clasifica las falacias en cinco categorías:

- a) De una falta de razones, radica en llevar a cabo una pretensión y argumentar en su favor planteando razones cuyo concepto es simplemente semejante al de la pretensión original;
- b) De razones irrelevantes, tiene lugar cuando la prueba que se muestra en pos de la pretensión no es de manera directa e importante para la misma;
- c) De razones defectuosas, se presenta cuando las razones que se proponen en pos de la pretensión son correctas, pero, inadecuadas para detallar la pretensión específica - generalización apresurada;
- d) De suposiciones no garantizadas, se parte del presupuesto de que es viable pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los integrantes de la comunidad, cuando, de hecho, la garantía en mención no es frecuentemente aceptada; y
- e) De ambigüedades, se presenta cuando una palabra o cita se utiliza equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología), a una colocación errónea del énfasis (falacia del acento), a asegurar de todo un grupo lo que es válido de todas las partes (falacia de la composición), a asegurar de las partes lo que es válido del grupo (falacia de la división), o cuando se toman similitudes gramaticales o morfológicas entre expresiones como indicativas de similitudes de concepto (falacias de las figuras de dicción). (p. 94).

Atienza (2013), es posible agrupar las falacias en tres perspectivas:

- a) Falacias formales (lógicas), tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no ha sido así (inferencias que van contra las reglas de la lógica deductiva o la regla de la inducción);
- b) Falacias materiales, cuando la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio solo aparentemente correcto (la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía); y,
- c) Falacias pragmáticas, el engaño se produce por haber infringido, en forma más o menos oculta, algunas de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan, en el marco de un discurso dialéctico o retórico, pero no tienen que ser una regla técnica en sentido estricto (argumento no persuasivo) (pp. 116 -117).

2. 4. 3. 6. Teorías de la argumentación jurídica

Primera etapa

En el razonamiento jurídico desde el punto de vista de la historia seguimos a Chaim Perelman (como se citó en Atienza, 2005), en el sentido que la técnica de razonamiento jurídico en Roma y en la Edad Media hasta llegar a los teóricos iusracionalistas de los siglos XVII y XVIII, se enmarcó en crear una jurisprudencia universal fundado en principios racionales siguiendo el modelo del razonamiento deductivo, a esta posición se opusieron Hobbes (el derecho no es expresión de la razón, si no de la voluntad soberana), Montesquieu (las leyes son expresión de la razón, pero relativas a un medio social, a una época histórica, etc.) y Rousseau (el derecho es producto de la voluntad general de la nación), quienes concluyeron una nueva concepción del derecho y el razonamiento jurídico basado en la ley; seguido a ello, está la expedición del Código de Napoleón, donde el derecho se concibió como el conjunto de leyes y expresión de la soberanía nacional, así también la facultad de los jueces se redujo al mínimo y se le obligo a motivar las sentencias.

Este límite histórico es importante (Código de Napoleón), pues el razonamiento judicial se planteó a través de tres teorías:

La primera, denominada la escuela de la exégesis, caracterizado por concebir al derecho como un sistema deductivo y el uso del silogismo, donde al juez le preocupa que su decisión sea acorde a derecho, y no entra en considerar las probables secuelas o el carácter razonable o no de la misma;

La segunda, denominada teleológica, funcional y sociológica, sus orígenes estarían en la obra de Ihering -el segundo -, el derecho no se concibe como un sistema más o menos cerrado, donde los jueces tienen que utilizar los métodos deductivos a partir de los textos convenientemente interpretados, por el contrario, es un medio del que el legislador utiliza lograr unos objetivos y promover unos determinados valores, por consiguiente, el juez, no puede contentarse en realizar una simple deducción silogística, si no debe considerar la intención del legislador, porque lo que interesa es el fin social que se persigue, frente a ello el juez se ve obligado a salir de la lógica formal y usar técnicas argumentativas para indagar la voluntad del legislador como los argumentos *a simili*, a contrario, psicológico, teleológico, etc.;

La tercera, denominada tónica del razonamiento jurídico, ello como consecuencia de la experiencia del régimen nacional -socialista de 1945, donde se asienta la tendencia de incrementar las facultades de los jueces en la elaboración del derecho, caracterizada en el uso e importancia de los principios generales del derecho y la tónica jurídica, superando el uso de la deducción silogística, la solución equitativa, busca que la solución sea conforme al derecho o dicho de otro modo la solución debe ser conforme a la ley y además ser equitativa, razonable y aceptable (pp. 63 -64).

Segunda etapa.

A partir de allí, surgen las nuevas teorías de la argumentación jurídica que a continuación se expone, iniciando con la tónica jurídica, la retórica, el discurso racional o dialéctica y la propuesta de Atienza.

En esta parte seguimos a Atienza (2005), en el sentido que nos presenta tres criterios teóricos de la argumentación jurídica más importante en el estudio de la argumentación jurídica, por cuanto hasta antes solo se resolvía los problemas planteados de acuerdo con el mandato legal y sin mayor argumento, así se toma en cuenta en función de sus exponentes como la tónica de Viehweg, la retórica de Perelman, el discurso racional de Alexy, seguido a esos paradigmas se incluye la propuesta de Atienza.

2. 4. 3. 6. 1. La tónica de Theodor Viehweg.

Atienza (2005), Viehweg es considerado el precursor teórico de la argumentación jurídica, así, propuso que un problema jurídico debe resolverse desde la perspectiva del derecho, para ello debe apartarse de la lógica formal, en ese cometido presenta su teoría denominada la tónica jurídica (opiniones generalizadas), compuesto por tres elementos conectados entre sí.

Sobre ello, García Amado (citado por Atienza, 2005), expresa que la tónica es: desde la dimensión de su objeto, una técnica del pensamiento problemático; desde la dimensión como instrumento con que opera, lo importante es la idea de topos o lugar común; y, desde la dimensión del tipo de actividad, la tónica es una búsqueda y examen de premisas.

Lo importante de esta teoría, es que pretende buscar una única respuesta como solución ante una situación que aparentemente aborda más de una respuesta. Se critica esta

teoría señalando que es imprecisa e incluso equívoca, así, para iniciar, la tópica tiene otros sentidos (búsqueda de premisas y uso de ellas en la fundamentación jurídica), la idea de problema es excesivamente vaga, cuestiones que no se desarrollará en el presente estando al propósito de la tesis; empero lo importante, de acuerdo Atienza (2005) es la necesidad de razonar donde no hay fundamentos concluyentes o de explorar en raciocinio jurídico aquellos aspectos que permanecen ocultos de la perspectiva de la lógica, la misma que si bien no ha sido desarrollada, pero ha cobrado importancia en los últimos años a consecuencia de las investigaciones sobre la argumentación jurídica (p. 42).

2. 4. 3. 6. 2. La retórica de Chaim Perelman.

Atienza (2005), esta teoría se sustenta en la prevalencia de la persuasión como discurso argumentativo (lógica jurídica), a efectos de convencer al auditorio, excluyendo la violencia.

Divide el análisis de la teoría de la argumentación en tres secciones:

La primera, compuesto por los presupuestos o límites de la argumentación, así, para hablar de argumentación es necesario ciertas condiciones, como el discurso (lenguaje), emitido por el orador y recibido por el auditorio, lo que implica que, a través del lenguaje, el orador influirá con argumentos al auditorio (pudiendo ser universal -convinciente -, particular -persuasiva -, un único oyente -diálogo - o consigo mismo);

La segunda, los puntos o tesis de partida, son las bases donde se asienta el entendimiento entre el orador y el auditorio que se concretan en procesos argumentativos, los que son de dos categorías, los relacionados con lo real, donde los hechos y las verdades se configuran como puntos de partida no sujetos a discusión y son aceptados, mientras que, en lo preferible, están los valores, las jerarquías de valor y los lugares comunes relacionado con las preferencias de la audiencia en particular;

y,

La Tercera, las técnicas argumentativas, son esquemas argumentativos que tienen por propósito influir de una forma eficaz la adhesión de un auditorio partiendo de hechos admitidos, pero para ello es necesario conocer el auditorio, es decir, son un conjunto de razones, más o menos fuertes y más o menos pertinentes, pero que pueden a partir de un mismo punto de partida, llevar a conclusiones, las técnicas se clasifican en

“técnicas de unión” -son aquellos esquemas que unen elementos distintos y posibilitan establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, sea estructurarlos o sea valorarlos positiva o negativamente - y “técnicas de disociación” -son las empleadas para separar elementos que forman parte de un mismo sistema -.

Así, Perelman de acuerdo con Atienza (2005), diferencia entre una retórica general y una retórica aplicada a campos específicos, como es el derecho, al que le denomina lógica jurídica, pero no entendida como una rama de la lógica formal aplicada al derecho, si no asociada a la rama de la retórica (pp. 47 -62).

Siguiendo a Atienza (2005), señala que la obra de Perelman es importante porque intenta rehabilitar la razón práctica, es decir, de introducir algún tipo de racionalidad en la discusión de cuestiones concernientes a la moral, el derecho, la política, etc., lo que constituye una vía intermedia entre la razón teórica (la de las ciencias lógico - experimentales) y la pura y simple irracionalidad (p. 65).

Sé crítica la teoría de Perelman, de acuerdo con Atienza (2005) a través de tres objeciones: Primero, crítica conceptual (No hay claridad de los conceptos centrales de la concepción retórica); Segundo, crítica ideológica (Frente a situaciones difíciles o complejas no proporciona criterios adecuados); y, Tercero, crítica de la concepción del derecho y del razonamiento jurídico (es conservador, estando que la teoría de la argumentación pareciera estar diseñada para satisfacer necesidades de quien se aproxima al derecho y a la sociedad, pero no para el que inicia de una concepción crítica o conflictualista) (p. 79 - 80).

2. 4. 3. 6. 3. El discurso racional de Robert Alexy.

En términos de Atienza (2005), Alexy, inicia su planteamiento teórico desde la teoría de la argumentación práctica general, para luego proyectarlo al campo del derecho, denominado a este criterio el “discurso jurídico”, es decir, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general (discurso moral) y es más articulada y sistematizada en relación con la propuesta de MacCormick; así el discurso lo sustenta en función de la “teoría normativa de la argumentación jurídica” (distingue lo bueno y lo malo de los argumentos), la “teoría analítica” (que penetra en la estructura de los argumentos) y “teoría descriptiva” (que incorpora elementos empíricos). Para el constructo teórico se sirve de la “teoría de la ética analítica” (de Hare, Toulmin y Baier), la teoría del discurso de

Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de Perelman (p. 150).

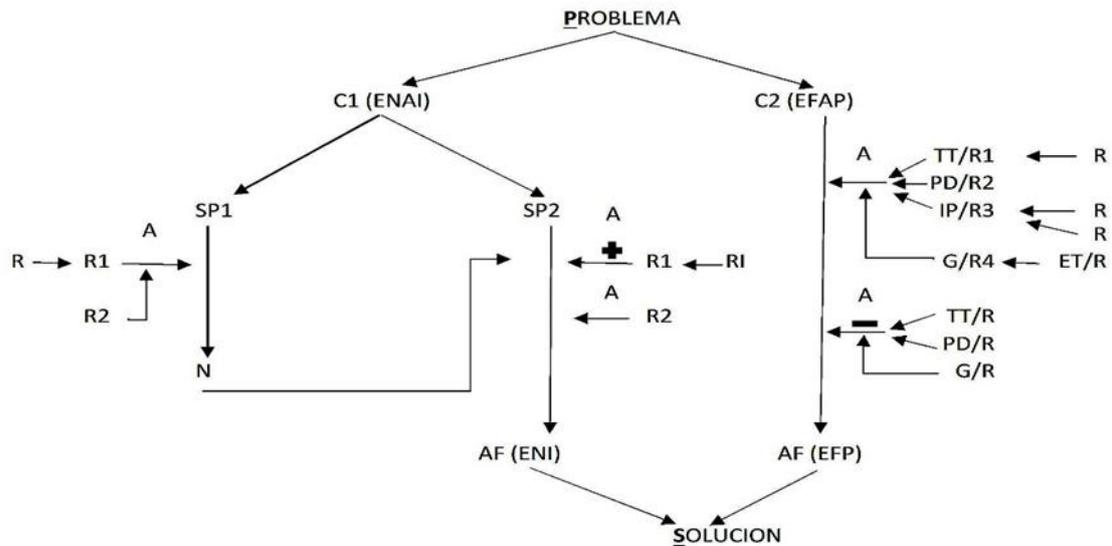
2. 4. 3. 6. 4. Propuesta de Manuel Atienza

Manuel Atienza (2013), para entender la dimensión argumentativa es necesario conocer las concepciones de la argumentación, como la de formalidad (basado en el resultado de la argumentación, donde no se toma en cuenta las razones, pues las premisas tienen un mismo valor, su representación es lineal, en esta el centro de atención es la inferencia), la material (donde la argumentación se basa en razones y el centro de atención son las correcciones de las premisas y la conclusión) y el pragmático (la argumentación se presenta como una actividad lingüística -lenguaje -, a través de las dos dimensiones la retórica -que tiene por propósito de persuadir al auditorio por parte del orador - y la dialéctica -donde el discurso es entre el proponente y oponente -), los mismos que toma para plantear su postura, y con el que responde a tres preguntas importantes de la argumentación jurídica: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el derecho (p. 423).

1° El análisis de la argumentación.

Manuel Atienza (2013), propone el método de diagramas y flechas en función de lo desarrollado por Toulmin, complementado por Wigmore (aplicado a la argumentación en materia de hechos), donde se refleja la inferencia (lógica) y los pasos argumentativos de unos a otros (naturaleza de las premisas y el contenido proposicional), además capta la diferencia entre argumentaciones (conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que relaciona al problema -pregunta - y la solución -respuesta -), líneas argumentativas (conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido -defiende una tesis o las ataca -) y los argumentos (es la razón a favor o en contra de una tesis).

Así, presenta el siguiente diagrama:



Fuente: Manuel Atienza adecuado al lenguaje del suscrito.

Formula:

P = Problema = pregunta ¿Una persona debe o no ser condenada?

C = Criterios de solución

ENAI = Enunciado normativo a interpretar.

EFAP = Enunciado fáctico a ser probado.

SP = Suposiciones

RI = Regla de interpretación

R = Razones

N = Negación

AF = Afirmación

A = Argumento

+ = Peso considerable

~ = Argumento débil

TT = Testimonio de un testigo

PD = Prueba documental

IP = Informe pericial

ME = Máximas de la experiencia

ET = Enunciado teórico

ENI = Enunciado normativo interpretado

EFP = Enunciado fáctico probado

S = Solución

*Constituyen la justificación interna, tanto ENI + EFP (Premisas), y a través de la deducción se llega al resultado S (solución o respuesta al problema).

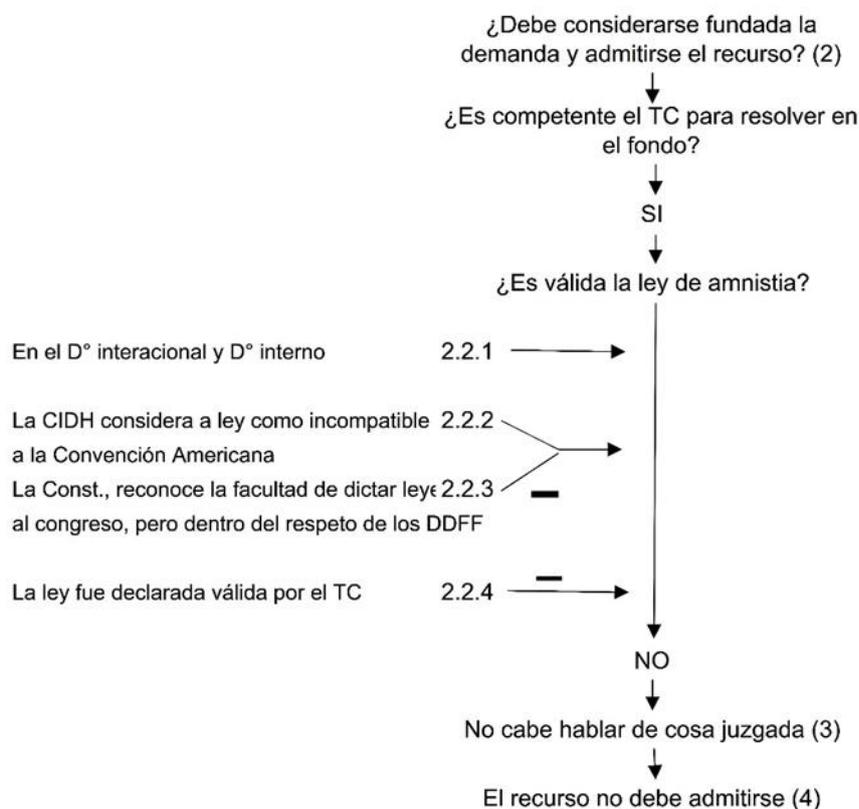
Lo expuesto se explica del siguiente modo: P es el problema a resolver, donde en algunos casos la línea argumentativa dependerá si se trata de una “Cuestión jurídica - Interpretación” o “Cuestión fáctica – actividad probatoria”, que en ocasiones se trata de ambos criterios. Si se trata de ENAI, de acuerdo con Atienza (2013) siempre se dilucida a través de dos supuestos una que la niega y otra que la afirma (SP1 y SP2), pero ambas cuestiones se encuentran sustentadas por razones (R), y estas a través de otras razones pudiendo ser independientes o corroboradores, donde indudablemente primara la que tiene mayor peso (+) en relación con el otro (-), cabe señalar que la razón o razones constituyen un argumento (A), para luego llegar a una afirmación ENI. En el otro extremo, es decir, al lado derecho, para llegar a un EFP, previamente se debe plantear la pregunta que se va a probar, seguidamente presentar las razones de un argumento, las que pueden ser testimonios, documentos, pericias y máximas de la experiencia, pero que también estas pueden ser reforzadas por otras razones, y el que tiene mayor peso en razones (+), es la que se impone, ante una probable oposición (-), del cual resulta el EFP. Una vez obtenida estos resultados a través de la deducción se llega a la solución o respuesta (la que se denomina como justificación interna y se denomina justificación externa los argumentos y razones que sostienen las premisas ENI y EFP. Además, señala el autor, a este modelo puede introducirse nuevos actos de lenguaje (pp. 457 -429).

Aunado a lo anterior, siguiendo a Manuel Atienza (2013), el análisis de la motivación de una sentencia requiere además de otros elementos como:

- i) Los hechos del caso (La narración), que posibilita el planteamiento de un problema jurídico.
- ii) El problema jurídico, que por lo general es binario. Por ejemplo, ¿Se debe o no ratificar la sentencia?

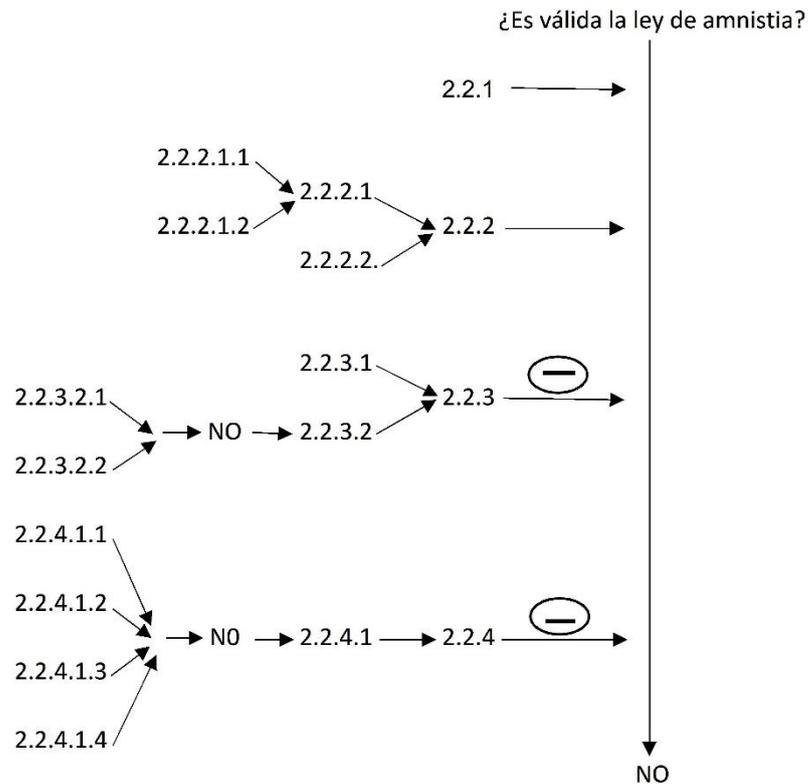
- iii) Las cuestiones o subcuestiones que depende la solución del caso. Por ejemplo, ¿Cómo interpretar el enunciado normativo? ¿Se debe considerar probado un hecho?
- iv) La respuesta a esas cuestiones, es decir, el sentido normativo y el hecho probado si fuera el caso.
- v) Las razones en las que se apoya las respuestas. Se distingue rationes decidendi y obiter dicta, es decir, las razones del Juez o el Tribunal.
- vi) La solución o respuesta al problema. Por ejemplo, la ley es constitucional o debe ratificarse la sentencia.
- vii) La decisión. Se ratifica la sentencia impugnada (pp. 430 -431).

Manuel Atienza (2013 p. 565), respecto a la utilidad del uso del diagrama de flechas, analiza la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el caso Santiago Enrique Martín Rivas (Exp. N° 679 -2005 -PA/TC). En efecto se representa del siguiente modo:



Fuente: Manuel Atienza adecuado al lenguaje del suscrito.

Este diagrama es la que resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional, como se advierte la controversia es un elemento normativo, es decir, una cuestión de interpretación. En esta sentencia señala Manuel Atienza (2013 p. 465), no se sostuvo argumento o razones sobre los (2), (3) y (4), deteniéndose en la validez de la ley de amnistía, la misma que la considera que pudo haber sido analizado de una manera más prolija como a continuación se representa:



Fuente: Manuel Atienza adecuado al lenguaje del suscrito.

El diagrama se explica del siguiente modo:

Argumentos positivos

2. 2. 1. Los juicios de validez de la ley se encuentran en Internacional (Derechos Humanos) y el Derecho interno (La Constitución), y deben ser interpretados de manera integral.

2. 2. 2. El argumento de incompatibilidad de la ley de amnistía contra los derechos humanos, se basa en las siguientes razones:

2. 2. 2. 1. La ley de amnistía es incompatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Esto a su vez se encuentra justificada por dos razones:

2. 2. 2. 1. 1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo estableció en el caso Barrios Altos y la Cantuta.

2. 2. 2. 1. 2. Las sentencias de ambos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son vinculantes, y se aplican al caso.

2. 2. 2. 2. Si la ley peruana es incompatible con la Convención Interamericana, entonces no es válida.

Argumentos negativos (de defensa u oposición)

2. 2.3. La ley peruana (amnistía) fue dictado en el ejercicio de facultades del Congreso. Sobre ello se tiene las siguientes razones:

2. 2.3. 1. La Constitución (art. 102.6) establece que el Congreso si está facultado para dictar leyes de amnistía.

2. 2.3. 2. La Constitución no establece límites a la potestad de legislar. Pero, esta razón no se sostiene por lo siguiente:

2. 2.3. 2. 1. Hay un límite implícito para los legisladores, de respetar los derechos fundamentales, bajo el estándar de la protección de la dignidad humana.

2. 2.3. 2. 2. Las disposiciones de amnistía que impiden la investigación y sanción de los agentes que vulneran los derechos humanos (torturas y ejecuciones sumarias) trasgreden el límite.

2. 2.4. El Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional la ley de amnistía.

2. 2.4. 1. La Ley de amnistía fue declarada válida por el Tribunal Constitucional. Pero, esta razón no se sostiene por lo siguiente:

2. 2.4. 1. 1. El Tribunal Constitucional declaró improcedente la inconstitucionalidad, por ende, no resolvió la cuestión de fondo.

2. 2.4. 1. 2. El legislador al emitir la ley de amnistía pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad.

2. 2.4. 1.3. La Corte Interamericana consideró probado el propósito del legislador de encubrir delitos.

2. 2.4. 1.4. Los tribunales nacionales deben reconocer los hechos probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos (pp. 466).

Entonces se concluye que hay mayor peso positivo para declarar la invalidez de la ley de Amnistía y por ende decidir que la demanda constitucional es infundada.

2° La evaluación de la argumentación.

Manuel Atienza (2013), la evaluación de un argumento no es evaluar una decisión o una acción, es una cuestión fundamentalmente contextual, la que se hace en función de criterios, y generalmente la evaluación es en relación con la argumentación del Juez (las buenas razones), lo que implica que se trata de un razonamiento que tiene una estructura lógica, que satisfaga un esquema de inferencias (deductivo o no), en función de premisa, razones, relevantes y suficientemente sólidas, y que persuada, al que también habría que añadir las reglas de la discusión racional y las falacias; todo ello se circunscribe en criterios de evaluación más importantes como:

i) **Universalidad**, este criterio es aplicable para problemas relativos a la norma y lo fáctico, y está implícita en la premisa mayor de la justificación interna (normativa), es decir, es un enunciado de carácter general (para todo x, si x es P, entonces debe ser también Q). Así, en el plano normativo, implica que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*, es decir, se puede utilizar en otros casos análogos, tal es la regla del *stare decisis* que norma el uso de los precedentes; en el plano fáctico, en la justificación externa de la premisa fáctica, tiene que figurar un enunciado universal, aunque sea probabilístico; así la universalidad exige que esa premisa probabilística se utilizara en todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.

ii) **Coherencia**, esta idea está referida a la consistencia lógica, en el sentido a la compatibilidad de la sentencia judicial, norma o narración de un hecho con los valores, principios y teorías (en función de lo que existe = pasado), para entenderla como justificada, por lo que es necesario distinguirla con la inconsistencia lógica (incompatibilidad con la norma o elemento probatorio) que es distinta. Entonces, aquí se pretende dilucidar en el caso de la interpretación de una norma, si es la más

acorde a los principios y valores del sistema, o en su caso la moral y la política. Por otro lado, la coherencia narrativa, permite considerar probado un hecho, una hipótesis fáctica, porque encaja mejor con una serie de hechos probados y con las leyes científicas, relaciones de causalidad, máximas de la experiencia (método de abducción = hipótesis más coherente al adivinar). Finalmente, la coherencia también implica agregar una información ante una laguna (la analogía que incluye argumentos como a pari, a fortiori y a contrario), y en el caso de ser contradictoria, implica suprimir un pedazo de la información (argumento ad absurdum por el cual se elimina una determinada interpretación para evitar la incoherencia).

iii) **Adecuación de las consecuencias**, este criterio se enfoca hacia el futuro, implica que en el razonamiento judicial (también para el Derecho), las razones finalistas desempeñan un papel importante de mayor o menor envergadura en el sistema jurídico, vale decir, es posible predecir que la decisión satisfará algún objetivo social valioso (salud pública, seguridad, la democracia, etc.), es decir, tiene un criterio de corrección (socio moral). También se le alude en término de eficiencia económica, de optimización o el preferible en relación con otro efecto, pero que estos son considerados de acuerdo con el caso.

iv) **Moral social**, implica el uso de los valores, particularmente de forma persuasiva en las decisiones judiciales en apego a las convenciones sociales (preferencia mayoritaria). Este criterio no es satisfactorio para evaluar una decisión judicial, estando que la opinión mayoritaria es prejuiciosa.

v) **Moral justificada**, este criterio se plantea para el autor, en función de la postura del “constructivismo o procedimentalismo moral”, donde la justificación se hace en función de los principios de una moral justificada, es decir, a aquellos a los que se llega por consenso por una serie de agentes que discuten respetando ciertas reglas más o menos idealizadas. Por cierto, esta se niega a esta postura, en base separación conceptual que existe entre el derecho y la moral, donde el juez debe justificar en función del derecho (pp. 554 - 562).

Establece Manuel Atienza (2013), en la argumentación es importante identificar la controversia (tipo de cuestión), la que se debe considerar en los casos difíciles, y describe las siguientes:

- i) Cuestiones procesales, está referido a criterios normativos y fácticos, que se encaja en los conceptos de legitimación procesal, recusación, prescripción, etc.
- ii) Cuestiones de prueba, está referido a establecer si ha tenido lugar un determinado hecho, a través de los diversos medios de prueba (testigos, documentos, informes periciales, indicios, etc.), los que deben ser utilizados por el Juez en función de criterios de racionalidad, inducción y el derecho a la prueba.
- iii) Cuestiones de calificación, están referidos a problemas de calificación de definición, es decir, definir el hecho en sí. Por ejemplo, si la muerte se produjo o no por imprudencia.
- iv) Cuestiones de aplicabilidad, está referido a establecer si existe o no norma aplicable al caso.
- v) Cuestiones de validez, plantea si un determinado precepto jurídico respeta los criterios establecidos en el sistema jurídico para ser considerado válido, es decir, se refiere a cuestiones de constitucionalidad (es conforme con la Constitución o la Ley).
- vi) Cuestiones de interpretación, en estricto sensu se refiere a la interpretación del texto de una norma, la que debe estar acorde a los valores del ordenamiento jurídico. Así, existen reglas de la interpretación denominadas de primer grado que sirven para justificar una premisa (deshace una ambigüedad, rellena lagunas conoce la intención del autor de la ley, etc.); las de segundo grado, señala que hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias, en todos estos casos se debe recurrir a la teoría de la interpretación.
- vii) Cuestiones de discrecionalidad, en sentido estricto se refieren a normas fin (reglas o principios). La norma fin establece que, en una determinada circunstancia, una persona tiene la obligación de alcanzar un fin, un estado de cosas, para lo que se debe elegir medios adecuado.
- viii) Cuestiones de ponderación, se trata de pasar de principio a reglas a través del uso del test de proporcionalidad (pp. 432 - 438).

3° Cómo argumentar en derecho.

Atienza (2013), distingue las siguientes fases:

- i) Identificación y análisis del problema, es la determinación del estado de la causa. Esta fase es distinta de acuerdo con la presencia de los operadores jurídicos (Juez, Fiscal, abogado, etc.). En el caso del Juez de apelación y un abogado que contesta la demanda o presentar un recurso, lo que debe hacer es analizar y evaluar las argumentaciones en función de los criterios ya desarrollados, es decir, dividir la fase en subyaces y representarlos gráficamente, identificar la cuestión controvertida (procesal, calificación, de prueba, etc.), evaluar los argumentos aportados por el Juez y las partes.
- ii) Propuesta de una solución, en la ejecución del anterior criterio, ya se tiene una idea sobre la solución al caso, para luego precisar en términos explícitos la solución, este varía de acuerdo con la postura del abogado (la solución que favorece a su patrocinado), y la del Juez (se pregunta cuál es la solución correcta del caso). La estrategia para el Juez es la “búsqueda hacia atrás”, es decir, dar una respuesta al problema (lo que implica definir el problema antes), seguidamente resolver las cuestiones particulares que dependen para llegar a la solución (argumentos sólidos). En fin, realizar el diagrama de flechas.
- iii) Comprobación y revisión, realizado el esquema anterior, corresponden analizar la solidez de los pasos, en particular los contra argumentos para el Juez, para tomar una postura.
- iv) Redacción de un texto, se trata de la elaboración del discurso (escrito u oral), para el caso es de observarse tanto para el abogado, fiscal o juez, las desarrolladas por Aristóteles, que se presenta en cinco partes: Primero, el exordium, que consiste en identificar el problema sobre el que hay que argumentar; Segundo, *la narratio* que consiste en exponer los hechos de la causa; Tercero, la diviso, consiste en la división de los puntos a tratar con distinción en los que hay acuerdo y contradicción; Cuarto, *la argumentatio* consiste en exponer los argumentos propios y refutar los contrarios; y, Quinto, la *peroratio* consistente en recapitular los argumentos expuestos y apelar a la emoción del auditorio. A ello habría que añadir, para el caso de la redacción tres reglas importantes referidos a claridad, precisión y concisión (pp. 647 -650).

2. 5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial

2. 5. 1. Derechos Fundamentales

**EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, LIMA, CASO MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ
HA SEÑALADO:**

§1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

“ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que

“[n]uestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una `enumeración abierta´ de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar” (STC 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 13 a 15).

Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.

6. Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

“designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p 31)

7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

2. 5. 1. 1. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

En términos de Mazzaresse (2003), la concepción de los derechos fundamentales tuvo un cambio con el fin de la segunda guerra mundial, y la declaración de la Carta de la ONU y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y en los países la emisión de las Constituciones, pues su reconocimiento no solo debía ser tanto local si no de manera supranacional, aunado a ello a más de su reconocimiento, la adopción de medidas que garanticen su realización y tutela (p. 689). Así, se dio una redefinición, a través de tres criterios los que se presenta de la forma siguiente:

[Primero], los criterios de identificación de las normas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico (dimensión ontológica),

[Segundo], las formas en que puede darse conocimiento de tales normas (dimensión epistemológica),

[Tercero], los modos en que puede darse realización y/o aplicación judicial de tales normas (dimensión fenomenológica). (p. 690).

Por otro lado, Ventura Robles (2018) cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes conceptualizan a los Derechos Fundamentales como:

“(…) El reconocimiento de que todo ser humano es titular de derechos fundamentales, solo por el hecho de serlo (humano). Estos derechos no dependen de la nacionalidad de la persona o del territorio donde esta se encuentre: los porta la persona en sí misma.

Por tanto, esos derechos no le pueden ser arrebatados lícitamente por la sociedad. Como se ha dicho anteriormente, estos derechos no dependen del reconocimiento del Estado ni son concesiones suyas; son derechos universales que corresponden a todos los habitantes de la tierra. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía, y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección”.

Criterios que son distintos al modelo del Estado liberal, pues un Estado constitucional de derecho se concibe, en términos de Bellamy (2010), como: “(...) (L)a creación y el mantenimiento de «las condiciones llamadas a conservar la dignidad del hombre en cuanto individuo», un requerimiento que incluye «no solo el reconocimiento de sus derechos civiles y políticos, sino también la consecución de las tradiciones sociales, económicas, educativas y culturales esenciales para el completo desarrollo de su personalidad»” (p. 71).

2. 5. 1. 2. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho

Mazzarese existen dos criterios a través de los cuales se lleva a cabo la aplicación judicial del derecho en relación con los derechos fundamentales:

2. 5. 1. 3. Derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del derecho.

Las formas y modalidades de la jurisdicción, es decir, en la definición de las modalidades procedimentales con arreglo a las cuales se da aplicación judicial del derecho, que brinda garantía y que también posibilita una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales (p. 692).

2. 5. 1. 4. Derechos fundamentales en la aplicación judicial del derecho.

Se refiere a la resolución de los conflictos, es decir, en la identificación y/o en la interpretación del derecho en función de la cual resolver. La solución señala que puede ser, en positivo (directa e indirecta) y en negativo.

Siguiendo a Mazzaresse (2003), es positivo, cuando se da aplicación judicial de los derechos fundamentales, pues se da una razón a la controversia, además es la efectiva accionabilidad o justiciabilidad de los derechos fundamentales, no su mera enunciación. Así, serán *directas*, estos se presentan: cuando los juzgadores (juez) de primera instancia intervienen sobre el control de constitucionalidad de las leyes (control difuso o excepción de constitucionalidad en otros estados); en la protección de derechos no enumerados o positivizados; y, los casos en que la lesión de los derechos fundamentales constituya delitos, requiriendo su investigación. Serán *indirectas*, cuando se aplique al menos de los enunciados de norma de nivel constitucional una que tutele el derecho; y, finalmente, cuando se reclama derechos fundamentales apelando a la práctica jurisprudencial como una interpretación adecuada a la ley (pp. 694 -695).

En términos de Mazzaresse (2003), es negativo, cuando la ley autoriza la posibilidad de una intervención de los derechos fundamentales (usualmente la libertad) (p. 693).

2. 5. 2. Razonamiento judicial.

Hoy en día el manejo de los derechos fundamentales, se hace desde dos perspectivas, una es en el aspecto procedimental, pues se trata de articular las formas y modos de establecer la jurisdicción; y lo otro lo constituye la solución de la controversia o problema jurídico (Mazzaresse, 2003, p. 696).

Para Martínez Zorrilla (2010), la actividad del razonamiento judicial se realiza en dos fases: una primera, se refiere a establecer las premisas sobre una determinada hipótesis, junto a ello está la obtención de información de las pruebas (los testigos, los documentos, los peritos, etcétera); la segunda fase, consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase, lo que en definitiva es un razonamiento probatorio a través de la inferencia, es decir, pasar de la premisa a la conclusión (189 -190).

2. 5. 2. 1. El silogismo

Usualmente, la aplicación de la lógica al razonamiento legal se ha representado con un modelo de raciocinio, el llamado silogismo jurídico al que ya hemos hecho referencia. Como sostiene Iturralde, este se compone de dos premisas y una conclusión derivada de aquellas. Se dice que la conclusión es válida si las premisas lo son, pero desde un punto de vista

formal. No importa aquí la corrección o verdad material de las premisas, sino simplemente que la conclusión se derive de ellas.

Por ejemplo:

1. Si alguien celebra un compromiso de contratar, pero se niega a celebrar el contrato definitivo, se le podrá exigir judicialmente la celebración del mismo (Artículo 148-1 del Código Civil).
2. Es el caso que Roberto celebre un compromiso de contratar, pero se niega a firmar el contrato definitivo.
3. En consecuencia, Roberto será obligado judicialmente a celebrarlo.

Como se podrá apreciar este razonamiento está integrado por:

- 1.- por una premisa menor
- 2.- Otra premisa llamada menor
- 3.- Una conclusión que tiene su fuente de validez en las dos anteriores.

Ezquiaga Ganuzas (cómo se citó en Zavaleta Rodríguez, 2014) concibe: que el esquema silogístico tiene la función de separar las actividades de creación y aplicación del derecho, es decir, se identifica a la proposición expresada en un texto legal (norma jurídica), y los órganos judiciales se limitan a aplicar las «normas» creadas por el órgano legislativo, sin que hubiera ninguna interpretación, pues esa labor está reservada únicamente para sus creadores (p. 31).

2. 5. 2. 2. La importancia del razonamiento jurídico

Para Moreno Catena (cómo se citó en Zavaleta Rodríguez, 2014), expresa su importancia, en el sentido que no basta con que el juez solo verifique que se dan todos y cada uno de los requisitos que es necesario para llegar a la conclusión (silogismo), sino que, en garantía de los derechos de las partes, es preciso, que acomode su sentencia a las pretensiones deducidas y, por otro lado, refleje en su resolución la operación mental deductiva que utilizó para dicha finalidad (p. 43).

2. 5. 2. 3. El control de logicidad

Moreno Catena (cómo se citó en Zavaleta Rodríguez, 2014), en relación con el *control de la motivación de las resoluciones judiciales*, una cosa es el procedimiento por el

que se llega a la decisión (*contexto de descubrimiento*); y otras cosas distintas, es la operación de justificación, es decir, el apoyo a las premisas del razonamiento a través de razones que hagan viable la conclusión (*contexto de justificación*) (p. 47).

Nieto García (citado por Zavaleta Rodríguez, 2014), explica: El contexto de descubrimiento hace referencia a una *cadena causal* anterior al efecto, es decir, es el proceso psicológico o *iter mental* del juez, y responde a la pregunta: *¿por qué se ha tomado la decisión?* El contexto de justificación, en cambio, no se refiere a las causas que motivaron la decisión, si no a las *razones jurídicas* que la sustentan, y responde a la pregunta *¿por qué se ha debido tomar la decisión?*, o *¿por qué la decisión es correcta?*” (p. 47).

Siguiendo a Zavaleta Rodríguez (2014), no cabe identificar a la motivación de las resoluciones judiciales, con el *iter mental* del juez ni con causas de la decisión; de lo contrario, los justificables tendrían que conformarse incluso con *razones explicativas*, negando así el papel de las fuentes del Derecho e incentivando la acción directa, como consecuencia de la pérdida de legitimidad de la función jurisdiccional (p. 53).

Salas Beteta (2013), desde un criterio constitucional, la motivación no es examinar la completud o la minuciosidad de argumentos en la sentencia o auto, sino más bien en analizar si la resolución ha cumplido con aportar criterios mínimos básicos que determinen la solución del caso (p. 128).

Ferrajoli (2016), la labor que realiza la jurisdicción ordinaria acerca de la motivación de las resoluciones, comprende dos aspectos: i) Determinar si se ha violado o no el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (coincide con el análisis constitucional de la motivación), y; ii) Comprobar si se ha respetado los estándares legales fijados en la ley o en la normativa correspondiente que sin afectar el núcleo constitucional del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales suponga incurrir en algún vicio o defecto de la motivación (p. 129).

2. 6. La sentencia casatoria penal

2. 6. 1. Concepto

Para considerar los conceptos de la casación partimos de entender la voz casar que se origina del latín cassare la misma que deriva de cassus que significa nulo, vano. En ese orden de ideas podemos decir que “el fin perseguido por el recurso de casación es obtener el juicio de anulación (*judicium rescindens*) de una sentencia definitiva o equiparable a definitiva” claro está que “cuando el juez de la vía impugnatoria aprecie el vicio in procedendo o in iudicando denunciado por el impugnante, anule el pronunciamiento recurrido”, para continuar sobre esta base y “ejerciendo jurisdicción positiva, proceda a dirimir él el litigio (casación sin sistema de reenvío), o bien envíe la causa a la instancia anterior para que sea esta donde se dicte la nueva sentencia (casación con sistema de reenvío)” (Benavente & Aylas 2010, pp. 23,24).

La casación penal forma parte de la innovación acogida por el Código Procesal de 2004, a través del cual la Corte Suprema pretende crear predictibilidad jurídica ante órganos jurisdiccionales de jerarquía inferior basado en su función unificadora (Casaverde Trujillo, 2018).

Siguiendo esa línea y citando a Benavente & Aylas señala que “es un medio de impugnación extraordinario con efecto devolutivo, del que conoce la Corte Suprema, que se interpone exclusivamente por motivos tazados por la ley y contra las resoluciones expresamente previstas por ella, y que en materia penal presenta efectos no suspensivo y extensivo” (Casaverde Trujillo, 2018, p. 244).

“Del latín *Sentiendo*, por expresar lo que opina, es aquella resolución que se pronuncia sobre la litis del proceso poniendo fin a la instancia. / Parte última de proceso judicial, por la cual el juez debe resolver con relevancia jurídica el conflicto de intereses, aplicando con criterio lógico el derecho que corresponde a cada caso concreto para la resolución de la controversia.” (Poder Judicial del Perú, 2017).

Cabanellas de las Cuevas (2013) cita que “(1)a palabra *sentencia* procede del latín *sintiendo*, que equivale a *sintiendo*; por expresa la *sentencia* lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable. (...), entendía por *sentencia* el «mandamiento que el juzgador haga a alguna de las partes en razón del pleito que mueven ante él»” (p. 415).

2. 6. 2. La sentencia penal

Sobre el concepto de la sentencia Gómez Orbaneja (citado por San Martín Castro, 2014), señala “es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión criminal” (p. 645).

Por otro lado, el mismo autor en referencia, citando a De la Oliva Santos, presenta el siguiente concepto:

“(…) la resolución judicial que, tras el juicio oral, público y contradictorio, resuelve sobre el objeto del proceso y bien absuelve a la persona acusada (...) o declara, por el contrario, la existencia de un hecho típico (...) y punible, atribuye la responsabilidad de tal hecho a una o varias personas y les impone la *sanción penal* correspondiente (...) y (...) la *reparación civil* a que hubiere lugar” (pp. 645 -646).

2. 6. 3. La sentencia y la motivación.

Hernández Marín (2005), señala motivar una sentencia significa indicar los motivos de una decisión, aunado que esta debe ser conforme al derecho (p. 144). Bajo esa consideración el juez realiza dos actividades: por un lado, la resolución del litigio debe estar de acuerdo con el derecho; y, por otro lado, que esta debe estar justificada o motivada, es decir, las razones de la decisión (p. 145).

Según San Martín Castro (2014), no señala que la sentencia está compuesto por un encabezamiento, parte expositiva o antecedentes, parte considerativa o motivación, y la decisión o fallo (p. 649).

En la parte del encabezado, se anota los datos generales de la data, del órgano jurisdiccional, de las partes (con mayor rigurosidad del implicado, es decir, las generales de ley), la materia, y el director del proceso (magistrado).

En la parte expositiva o antecedentes, se anota dos secciones importantes, la exposición de la imputación (los hechos y los cargos); y seguidamente detallar el itinerario del procedimiento en lo más resaltante hasta el estadio de su pronunciamiento.

En la parte considerativa o motivación, está también tiene dos secciones importantes, los fundamentos de hecho y los fundamentos de derecho: la primera constituye el análisis claro y preciso de los hechos enlazados con la materia en cuestión a resolver, los que deben estar probados y además los razonamientos no deben ser contradictorios, así cada referencia fáctica que integra la configuración del hecho penal, debe estar acompañada de la justificación probatoria; en relación con lo segundo, en esta se expone las razones de la calificación jurídica del hecho penal, empezando por los fundamentos dogmáticos y jurídicos sobre el hecho penal probado, esta supone: abordar la subsunción de los hechos en el tipo penal, consignar los fundamentos jurídicos del grado de participación, analizar la presencia de eximentes de la responsabilidad penal, concluir si el agente es responsable penalmente, y finalmente se incorpora los fundamentos doctrinales y legales de la calificación del hecho probado.

Finalmente, la parte dispositiva o fallo, esta contiene el pronunciamiento sobre el objeto del proceso y sobre los puntos objeto de la acusación y la posición de la defensa, y las demás incidencias, así como la congruencia de la decisión con la parte considerativa (pp. 649 -652).

2. 6. 4. Recurso de casación

2. 6. 4. 1. Conceptos generales

El recurso de casación es un mecanismo procesal de impugnación a una decisión judicial, como tal en términos de Monroy Gálvez (citado por Ibérico Castañeda, 2010), sostiene que es el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que el mismo u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente.

Así, los elementos intrínsecos de la impugnación son dos, la existencia de un agravio o perjuicio (constituido de aquello que es vulneratoria a los derechos del apelante), por otro lado, es la revisión o reexamen de la decisión judicial (tiene relación con el primero, en el sentido que se verificará si el agravio se dio o no en la decisión judicial). El propósito es buscar la nulidad o revocación de la decisión jurisdiccional (Ibérico Castañeda, 2010).

2. 6. 4. 2. Concepto.

Etimológicamente, casación proviene de la locución latina “casare” que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso del proceso. Según Cabanellas la casación es la acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento (Cubas, 2016, pp. 615 - 616).

Sostiene San Martín Castro (2014) que el recurso de casación es un medio de impugnación, de competencia del Supremo tribunal, a través del cual se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, ante la presencia de errores de derecho sustantivo o procesal (p. 869).

2. 6. 4. 3. Fines o funciones del recurso de casación

En palabras de Benavente & Aylas (2010), entendemos por fines de la casación:

La primera y más antigua es la que señala que la casación cumple una finalidad nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda del ordenamiento jurídico en un sentido formal, es decir, solo bastaba la ley. También se menciona la finalidad de uniformización la jurisprudencia, procurando la unidad del Derecho a nivel interpretativo. Asimismo, se indica como finalidad la de procurar la justicia a través de los pronunciamientos judiciales. Frente a ello, se puede afirmar que los fines tradicionales que se le imputan a la casación son: nomofiláctica, uniformadora y dikelógica (sin dejar de mencionar los fines referidos a los hechos y pruebas, como la pedagógica) y es lo que también ha establecido el artículo 384 del Código Procesal Civil al señalar que el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. (p.46).

Por otro lado, el Código procesal penal, expresa como finalidades: de unificación de la jurisprudencia (art. 427° inciso 4); de control normativo -nomofiláctico - (art. 429 incisos 1, 2, 3 y 5); y, de control de logicidad (art. 429 inciso 4).

2. 6. 4. 3. 1. Finalidad nomofiláctica.

El autor citado, refiriéndose a Salazar Rodríguez y a Guzmán Fluja, señaló que esta finalidad:

Buscaba la protección de la ley en sí misma, salvaguardando su texto literal de cualquier alteración o modificación que pudieran realizar en él los tribunales de justicia al aplicarlo o interpretarlo. Se afirma, así, que la casación francesa nació con una evidente finalidad nomofiláctica, de defensa o conservación de la ley. Este fin es *ius constitutionis*(81), pues señala que la ley debe cumplirse por todos, y quien debe cuidar que se cumpla la ley no lo hace, entonces hay el mecanismo para custodiar al custodio (p.47).

Siguiendo a Benavente & Aylas (2010), la casación tiene por finalidad originaria, histórica y metaprocesal a saber la defensa de la ley, es decir al poder legislativo frente a los tribunales de justicia representantes del poder judicial, siendo su misión esencial garantizar la separación de estos dos poderes a través del control y la uniformidad de la jurisprudencia.

La concepción moderna de la función nomofiláctica, se presenta de acuerdo con Palacio (citado por Neyra Flores, 2015), en dos sentidos: Una, la errónea aplicación de la ley sustantiva, que puede consistir en el error de seleccionar la ley o en el sentido del alcance de la ley al caso, de modo tal, se materializa en forma negativa o positiva (el primero, se presenta cuando se omite aplicar a un hecho la norma que genuinamente lo conceptualiza; y el segundo, se presenta cuando se aplica al hecho una norma que no es la adecuada o cuando se aplicó la norma adecuada se le dio un alcance distinto al que reviste o se le da una consecuencia que no le corresponde); y, Dos, también se presenta ante la inobservancia de leyes procesales, es un vicio producido por la carencia de los presupuestos de la formación

material de la sentencia y además de aquellos que condicionan la validez de los actos procesales anteriores a ella, es decir, el conjunto del proceso (p. 623).

2. 6. 4. 3. 2. Unificación de la jurisprudencia.

Guzmán Fluja (citado por Ticona Postigo, 2010) persigue salvaguardar el interés general en la certidumbre e igualdad en la aplicación o interpretación del derecho, proporcionando un derecho vigente unitario y racional (p. 13).

Ticona Postigo (2010), tanto la función nomofiláctica y la unificación de la jurisprudencia, tienen el mismo fundamento, que es la seguridad jurídica, a través del cual se simplifica los criterios de interpretación, lo que convierte a la casación en una técnica de interpretación y aplicación del derecho, los que serán vinculantes para los órganos jurisdiccionales al establecerse como criterios de precedente judicial, con los que se hace efectivo los principios de igualdad ante la ley, de seguridad y certeza jurídica (p. 14).

Como lo expone Vecina Cifuentes (citado por Neyra Flores, 2015), la función de uniformidad de la jurisprudencia, procura la unidad del derecho penal en el nivel interpretativo (p. 623).

tra legislación procesal penal, respecto al precedente judicial, expresa que Sala de oficio o a solicitud del representante del Ministerio Público puede decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique (Art. 433° numeral 3 y 4).

2. 6. 4. 3. 3. La función de control de logicidad.

Ibérico Castañeda (2010), se refiere al control de la construcción lógica de la decisión jurisdiccional, así se denomina a los errores de logicidad como *errores in cogitando* (se refiere a la falta de motivación y defectuosa motivación, a su vez esta última asume las

dimensiones de aparente motivación, insuficiente motivación y defectuosa motivación propiamente dicha). Argumentos estos que se desarrollan en la parte de las patologías de la motivación.

Benavente (citado por Diaz Cabello, 2014), en la función de control de logicidad se debe observar los principios lógicos del buen pensar, como: el principio de identidad (“A es A”: una cosa es siempre la misma); el principio del tercero excluido (si hay dos juicios absolutamente contradictorios A es B y no A no es B, no es posible una tercera posibilidad; el principio de no contradicción (al mismo tiempo dos juicios no pueden contradecirse); y, el principio de razón suficiente (para la validez de una conclusión es imprescindible que la misma esté probada sobre la base de otros elementos reconocidos como verdaderos) (p. 67).

2. 6. 4. 3. 4. La función dikelógica (tutela de interés de las partes).

Ticona Postigo (2010), hoy en día parte de la doctrina sostiene que la casación tiene esta función, y hace referencia a Enrique Vescovi quien expresa esta función es “la de hacer justicia del caso concreto; apareciendo entonces como un medio impugnativo (recurso), impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia (aunque (sic) esta suponga una violación de una norma de derecho o de la doctrina legal o jurisprudencia dominante (...).” Pero otra parte de la doctrina, señala que la función nomofiláctica y la de uniformidad de la jurisprudencia no son excluyentes de la función dikelógica, entonces debe armonizarse los tres fines. Finalmente, están otros autores como Taruffo, quien no está acuerdo con la función dikelógica, pues pone en riesgo de convertir la sede casatoria en tercera instancia, pues el papel de la corte de casación es de formulación de uniformes criterios y reglas generales para la correcta interpretación del derecho (p. 15).

2. 6. 4. 4. Características de la casación

Moreno Catena (citado por San Martín Castro, 2014), expresa tres características vitales del recurso de casación:

- a) Es un recurso jurisdiccional, pues, es de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema;
- b) Es un recurso extraordinario, pues, solo puede ser interpuesto contra determinadas resoluciones, por motivos estrictamente tasados y está regido por un rigor formal; y,

c) No constituye una tercera instancia, pues la Sala Penal de la Corte Suprema, solo asume competencia ante el error padecido por los tribunales de instancia y que se denuncia en el recurso, entonces no ve aspectos del enjuiciamiento de la realidad o la introducción de nuevos hechos (p.717).

Por su parte Diaz Cabello (2014), señala que en la doctrina se ha señalado las siguientes características principales:

a) *Recurso jurisdiccional*

El órgano que resuelve la casación es de naturaleza jurisdiccional.

b) *Recurso extraordinario.*

Solamente es posible interponer este recurso, cuando se agotó los recursos ordinarios y por los motivos expresamente establecidos en la ley. Para el caso, se encuentra regulada en los artículos 427° y 428° del Código procesal penal (requisitos específicos de admisibilidad), así como debe cumplir los requisitos generales (Art. 405 del dispositivo procesal penal citado).

c) *Efecto no suspensivo.*

En materia penal, los efectos no se suspenden (tal lo establece el art. 412 del Código procesal penal), como si ocurre en materia civil.

d) *No constituye un reexamen de la controversia.*

Significa que el recurso de casación solo se limita al análisis de las cuestiones de derecho, por ello, no es una tercera instancia, donde se pueda realizar un nuevo examen de las cuestiones de hecho, cuya discusión corresponde a las instancias inferiores; de allí, su característica de recurso extraordinario.

e) *Limitado.*

Nuestra legislación procesal penal, también la delimita, señalando que solo asume competencia sobre los errores jurídicos.

f) *Inimpugnable.*

La sentencia casatoria no es susceptible de impugnación, pero si puede ser revisada por medio de acción, tampoco es apelable la sentencia de reenvío, por la causal ya acogida en la casatoria. Lo expresado se encuentra reglada en el dispositivo procesal penal (Art. 436) (pp. 47 -52).

2. 6. 4. 5. Presupuestos de la casación y la voluntad impugnativa.

Siguiendo a Ibérico Castañeda (2010), y en función de nuestro ordenamiento procesal penal, se tiene los siguientes criterios.

2. 6. 4. 5. 1. Presupuestos objetivos.

La materia casable se halla establecido en el artículo 427° del Código procesal penal, que describe la procedencia del recurso de casación en los siguientes casos:

i) El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

ii) La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:

- Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

- Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

- Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.

iii) Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

iv) Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”.

2. 6. 4. 5. 2. Presupuestos subjetivos.

Este criterio se divide en dos elementos:

- a) El recurso de casación debe ser interpuesto por la parte procesal legitimada, al haber sufrido el agravio con la decisión judicial (art. 405° numeral primero, literal a) del Código procesal penal).
- b) Debe tratarse de una sentencia confirmatoria, vale decir, que la impugnación es secuencial desde la primera sentencia por el órgano jurisdiccional inferior (art. 428, numeral primero, literal d) del Código procesal penal).

2. 6. 4. 5. 3. Presupuestos formales.

En esta se considera los siguientes elementos:

- a) **Tiempo.** La oportunidad procesal es de diez días contados desde el día siguiente de la notificación (art. 414, numerales 1 y 2 del Código procesal penal).
- b) **Modo.** Por escrito u oral, con la particularidad que el último siempre ha de ser formalizada por escrito. (art. 405, numeral, 1 literal b) y numeral 2 del Código procesal penal respectivamente).
- c) **Lugar.** El recurso debe ser interpuesto ante la Sala de mérito que expidió la decisión judicial cuestionada.

Fundamentación y voluntad impugnativa. El recurso de casación debe ser fundamentado, contener la pretensión impugnativa, así como precisar la causal o causales por las que se motiva. Las causales se encuentran previstas en el artículo 429° del Código procesal penal, que más adelante se desarrollara con amplitud. Sobre la voluntad impugnativa, este criterio ha sido introducido en función de la unificación de la jurisprudencia y el derecho a la tutela jurisdiccional por la Sala Suprema, cuando el recurrente incurre en errores al alegar la causa o adecuar la causa correcta al recurso de casación, siempre que el agravio se encuentre explicado y exista interés casacional, por lo que es posible su corrección de oficio a la causal apropiada, tal como se pronunció en el auto de calificación N° 01 -2007 Huaura (17/05/07) y en el auto de calificación N° 11 -2007 (05/11/07) (pp. 199 -201).

2. 6. 4. 6. Causales para la interposición del recurso de casación.

Al referirse a las causales para acceder a la casación Arbulú (2015), señaló que dentro de la doctrina se conoce como interés casacional, citando a Blasco Gasco agrega que el interés casacional supone la idoneidad del asunto de acceder a la casación sin tener en cuenta no el objeto, ni la cuantía del procedimiento si concurren ciertas circunstancias o supuestos taxativos señalados en la ley, por eso sentido amplio se trata del criterio o los criterios de política legislativa que establece el legislador para acceder al recurso de casación.

Los supuestos o los casos para que la Corte Suprema se pronuncie sobre el fondo está dentro de la calificación del artículo 429 del Código Procesal Penal de 2004.

El autor antes citado, desarrolla en cinco puntos:

a) Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías Esta casación controla si la sentencia recurrida ha observado garantías constitucionales como las que tutela el debido proceso. No de afectaciones de mera legalidad. Puede darse el caso que se ha omitido cumplir con las garantías constitucionales y en otros casos se hacen referencia a estas pero la aplicación es errónea al caso concreto. (p.78).

b) Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad Debe entenderse que en este ámbito se controlará las inobservancias del estatuto procesal siempre que estas se encuentren sancionadas con nulidad absoluta, o insubsanables de tal forma que incidan en la decisión de la recurrida. (p.79)

c) Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Esta es la más cercana aplicación de la casación, el control de la legalidad material o sustantiva. El primer supuesto es la interpretación errónea que ha realizado el juzgador de una norma material la misma que debe ser expuesta en el agravio y además proponerse cuál es la interpretación correcta. La otra causal es cuando el juzgador ha omitido la aplicación de la norma penal que sea imprescindible para la resolución del caso. Ambas causales específicas no podrían citarse por ser contradictorias. (p.81).

d) Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

En el mismo auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010- Tacna del 23 de abril de 2010 se planteó la causal de manifiesta ilogicidad del fallo porque según el fiscal recurrente se habría producido en el considerando 32 de la Sentencia y siguientes - se establecen las siguientes ilogicidades: a) que pese a que en el punto 33 se señala que no se acreditó la relación sentimental que el encausado aduce tener con la agraviada, la Sala Superior en el mismo punto señaló que dicha posibilidad no se puede descartar totalmente –ilogicidad manifiesta–; y b) que en el punto 34 de la sentencia se señaló que es preciso analizar si nos encontramos ante un error de tipo que podría excluir de responsabilidad al acusado. El fiscal alegó que aceptada la tesis del error de tipo solo cabe determinar si en las relaciones sexuales medió o no violencia, si fue con o sin consentimiento de la menor; esto es que la Sala pese a aceptar que hay error de tipo no aplica lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal, sino que por el contrario, procede a analizar y evaluar si la menor agraviada prestó o no su consentimiento, o si hubo o no violencia en las relaciones sexuales como si se tratase de una menor agraviada mayor de catorce años, aunado a que en el punto 46 de la sentencia se acotó que existe duda razonable sobre el posible error de tipo que hubiese incurrido el sentenciado, evidenciándose claramente la manifiesta ilogicidad en los fundamentos de la sentencia recurrida. En este auto la Sala Penal Suprema consideró que se trataba de un motivo susceptible de análisis en sede casacional. (p.82)

e) Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (art. 429) Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; el impugnante sin perjuicio de señalar y justificar la causal que corresponda conforme al artículo 429, deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. Si el impugnante invoca este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos. La facultad para poder determinar si se pronuncia la Corte Suprema para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial tiene un parangón en la doctrina del stare decisis norteamericano. (...) Como causa para admitir el recurso es la afectación de un precedente del Tribunal Constitucional. En el caso de la jurisprudencia constitucional tenemos que los requisitos para fijar precedentes han sido establecidos en la propia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como las que fluyen del Exp. N° 0024-2003-AI/TC caso Municipalidad Distrital de Lurín de 10 de octubre de 2005 en el que ha estimado que hay necesidad de fijar reglas jurídicas vinculantes cuando existen precedentes conflictivos o contradictorios; interpretaciones erróneas de una norma del bloque de constitucionalidad; la existencia de vacíos normativos; normas carentes de interpretación jurisdiccional y cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante. (...) En el caso del precedente judicial, existe la posibilidad que los jueces se aparten, pero motivando esa discrepancia. En la Corte Suprema se considera que este apartamiento debe ser con argumento distinto a los que ha sustentado las posturas minoritarias que han sido vencidos en plenos jurisdiccionales de jueces supremos o en sentencias plenarias, al amparo del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. Por otro lado la Corte Suprema tal como lo hace el Tribunal Constitucional puede apartarse de una regla jurídica sustituyéndola por otra y que se conoce como la técnica del overruling. La Sala Suprema de oficio o a pedido de la fiscalía podrá decidir, atendiendo a la importancia del asunto llevado a su conocimiento expresamente señalará que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial para los jueces de la república. La ratio decidendi permanecerá vigente hasta que otra decisión expresa la modifique (art. 433.3 del NCPP). (pp. 82-84).

Por su parte Oré Guardia (2016), citando a Gimeno Sendra, destacó que el recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter extraordinario, y consecuentemente las resoluciones recurribles y los vicios que el recurrente pueda alegar se encuentran taxativamente establecidos en la ley, esto significa que en términos de fundamentos no goza de libre albedrío sino de causales previstos en la norma, en tal sentido podemos establecer cinco causales en concordancia con el Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 429:

a) Casación por vulneración de preceptos constitucionales (Art. 429.1 CPP de 2004), a través de esta vía es posible invocar todas las infracciones contra los principios derechos y garantías procesales de carácter constitucional. A modo de ejemplo, podemos mencionar el principio de igualdad, el principio acusatorio, el principio de publicidad o el principio de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (p. 444).

b) Inobservancia de normas procesales (Art. 429.2 CPP de 2004), se interpone por quebrantamiento de la forma en la realización de los actos procesales o de la decisión. Este tipo de casación consiste en la infracción de normas procesales que son de imperativo cumplimiento, de ahí que su inobservancia sea sancionada, por ejemplo, con la nulidad. (p.444).

c) Casación por infracción de la ley penal material u otras normas jurídicas necesarias para su aplicación (Art. 429.3 CPP de 2004), este motivo también es denominado error iuris, el cual afecta el razonamiento jurídico que debe hacer el órgano jurisdiccional. (...) En síntesis, este motivo de casación comprende a la vulneración de una ley penal bien por una aplicación o interpretación incorrecta, bien por su inaplicación. (p.445).

d) Casación por falta de ilogicidad en la motivación (Art. 429.4 CPP de 2004), denominado también error in cogitando, se presentan cuando existen errores de razonamiento, es decir, los errores contenidos en la resolución violan las reglas de la lógica en su estructura. Naturalmente, si falta motivación entonces la sentencia tiene un vicio, el cual se manifiesta en las formas de razonar del juez. Algunas veces, si bien existe motivación, esta es defectuosa, por dogmática o aparente. Otras veces la motivación, si bien existe, resulta insuficiente. No debemos olvidar que la motivación

es un derecho constitucional que se encuentra expresamente reconocido en el artículo 139.5 de la Constitución. (pp. 445,446).

- d) Casación por apartamiento del precedente (Art. 429.5 CPP de 2004), este motivo se presenta como motivo de la infracción del precedente ya sean judiciales (art. 433.3 CPP de 2004) o constitucionales (art. VII TP CPConst.), por parte del órgano jurisdiccional. (...) consideramos necesario poner de relieve la diferencia existente entre la doctrina jurisprudencial y el precedente. La primera es una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias, y, el segundo se refiere a una resolución judicial que ya ha resuelto ya un caso sustancialmente al que se debate. Dicho de otro modo, doctrina jurisprudencial es la interpretación que de una determinada norma realiza el órgano jurisdiccional supremo, mientras que precedente significa que los tribunales inferiores deben resolver conforme a lo decidido por el tribunal supremo cuando se encuentran frente a un caso sustancialmente similar. (pp. 446, 447).

Causales planteadas tanto por el Representante del Ministerio Público como de los abogados de la defensa; en la Casación materia de estudios:

CUARTO. Que la señora Fiscal Superior Nacional, en su recurso de casación de fojas mil doscientos noventa y tres, de cinco de setiembre de dos mil diecisiete, invoco el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteo los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

Incidió en la intervención punible de los árbitros en consolidación de la concertación entre los funcionarios del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I para afectar el patrimonio del primero; en la incorporación de la circunstancia agravante genérica de pluralidad de personas en el delito de colusión y demás delitos de encuentro; en la calificación de los viáticos como objeto material del delito de peculado; en la corrección de la valoración de la prueba respecto de C, a quien se absolvió, pese a que con ese mismo material probatoria se condenó a E, F, B y A; en la responsabilidad de I y su intervención en la comisión de los delitos de colusión y cohecho, lo que exige analizar los alcances del artículo 105 del Código Penal; en la correcta interpretación de los alcances de los delitos de cohecho activo genérico y

cohecho pasivo propio – y la incorrecta definición de los mismos por el Tribunal Superior-.

QUINTO. Que el encausado A en su recurso de casación de fojas mil cientos treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1,3,4 y 5, del Código Procesal Penal).

Enfatizo en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condeno, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral – no desde el contexto contractual- administrativo-, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto factico normativo en orden a una contratación pública.

SEXTO. Que el encausado B, en su recurso de casación de fojas mil doscientos treinta, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3,4 y 5, del Código Procesal Penal).

Destaco que se le condeno por el delito de colusión por el hecho de que conocía del acuerdo colusorio, pero la ley exige que se realice actos de concertación; que conocer no es concertarse – primero debe acreditarse los elementos objetivos del tipo legal y, luego, el elemento subjetivo -; que no se utilizó correctamente las exigencias de la prueba indiciaria; que no se configuró el contexto factico normativo exigido por el tipo legal; que no se definió los alcances de la ejecución contractual en un proceso arbitral, lo que determinaría la no criminalidad de los hechos por colusión, así como también si todo terminó por una transacción en un proceso arbitral no es posible la configuración del delito de colusión; que no puede haber perjuicio si no se invalido

la liquidación de la obra cuestionada; que debe determinarse lo que debe entenderse por la expresión “suficiente actividad probatoria”.

SÉPTIMO. Que el encausado H, en su recurso de casación de fojas mil doscientos ochenta y tres, invoco el motivo de casación de vulneración de precepto material y el acceso excepcional al indicado recurso. Afirmando que la necesidad de fijar parámetros objetivos para la interpretación del delito de falsedad genérica y de la institución de la prescripción. Este recurso, empero, fue desestimado de plano.

2. 7. 1. Derecho a la debida motivación

2. 7. 1. 1. La motivación como garantía constitucional.

2. 7. 1. 1. 1. Concepto de garantía.

Cuando se habla de motivación está referido a un derecho, indicando que los considerandos de las resoluciones judiciales deben determinar claramente el razonamiento lógico jurídico con el que se llega a una determinada conclusión; donde debe constar los fundamentos facticos y jurídicos suficientes y razonados que conduzcan al fallo. (Cáceres, 2011).

Para entender las garantías, es necesario distinguirlo de los derechos subjetivos (derechos fundamentales), sobre ello dice Ferrajoli (2004), así los derechos subjetivos son expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los deberes correspondientes constituyen las garantías dictadas también por estas normas jurídicas, ya sea como obligaciones, prohibiciones o de sanción ante la violación de estos derechos (p. 59).

Pérez Luño (citado por Abad, 2010), presenta una clasificación de las garantías para la protección de los derechos humanos:

i) Las garantías normativas, se presenta cuando la Constitución tiene expresado en sus dispositivos, asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación, así como velar por la integridad de su sentido y función, lo que en definitiva trasluce la supremacía de los derechos constitucionales frente a los aparatos organizados de poder y los ciudadanos.

ii) Las garantías jurisdiccionales, son los procesos (procedimientos) destinados a la protección de los derechos humanos a cargo de las entidades especializadas, en el caso peruano el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Corte interamericana de derechos humanos.

iii) Las garantías institucionales, son los instrumentos de protección institucional destinados a la tutela de los derechos humanos, como es el control parlamentario (controla los actos del Poder Ejecutivo en respeto de los derechos reconocidos en la Constitución), a ello se suma además La Defensoría del pueblo o la Procuraduría de los Derechos Humanos cuyo objeto es velar por el respeto y la promoción de los derechos humanos frente a los entes públicos.

2. 7. 1. 1. 2. La motivación judicial como garantía constitucional.

El Tc, en su expediente N^a N.º **04298-2012-PA/TC, LAMBAYEQUE, ROBERTO TORRES GONZALES** señaló:

13. Por su parte, en el caso *Giuliana Llamoja* este Tribunal desarrolló los distintos supuestos en los que cabía hablar de una motivación inexistente, insuficiente o incongruente de la resolución judicial examinada. Así, se dijo que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales estaba compuesto de los siguientes elementos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).

f) *Motivaciones cualificadas.*- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal (STC 0728-2008-PHC/TC, FJ. 7).

14. En el presente caso, el recurrente alega que la sentencia condenatoria N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, adolece de una motivación aparente, al no justificar debidamente, en su considerando cuarto, las razones por las cuales ha optado por utilizar una *interpretación restrictiva* de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, que regula el delito de peculado de uso. Por su parte, la parte demandada sostiene que lo que en el fondo pretende discutir el recurrente es la interpretación de la excepción hecha por la Sala demandada, interpretación que sin embargo es de competencia exclusiva del juez penal.

2. 7. 1. 1. 3. La motivación judicial y su relación con la tutela judicial efectiva y debido proceso.

EXP. N.º 03433-2013-PA/TC, LIMA, SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. - SERPOST S.A. Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS - ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL indico:

Como también ha sido puesto de manifiesto, se aprecia que en el presente caso y de modo paralelo al debate suscitado en torno al derecho al debido proceso, también existe discusión en torno del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales, en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas. Al respecto, este Colegiado (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que: “[l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la

argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...).”

4.4.2) Este Supremo Colegiado precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que éste “(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (STC N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5 e).

4.4.3) El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

4.4.4) A mayor abundamiento, este Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

En el expediente N° 3943-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional, ha sostenido que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

Seguendo a Bustamante Alarcón (2015), en lo referente a la tutela judicial efectiva y debido proceso, resulta necesario realizar una identificación conceptual, así citando a Chamorro Bernal y Monroy Gálvez, señala que existe cierta confusión sobre el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso (en el sentido que compartirían elementos como por ejemplo, derecho al recurso, la prohibición de la indefensión, el derecho a obtener una decisión motivada, etc.), y ello obedece al origen de los mismos, así, la tutela jurisdiccional efectiva nace en la Europa continental -para circunscribirse en procesos jurisdiccionales -, mientras que el debido proceso es de origen anglosajón (modelo Ingles y Estado Unidense) -y se circunscribe no solo para procedimientos jurisdiccionales, sino además para los de naturaleza administrativa, arbitral, militar, político y particulares - (p. 152).

Landa Arroyo (2012), concibe al debido proceso como “(...) derecho humano abierto de naturaleza procesal y alcances generales, que busca resolver de forma justa las controversias que se presentan ante las autoridades judiciales”. Presenta una doble dimensión, responde a elementos formales o procedimentales de un proceso; y, segundo los elementos sustantivos o materiales que supone la preservación del criterio de justicia que sustente la decisión, en base la razonabilidad y juicio de proporcionalidad (p.59).

2. 7. 1. 2. Función de la motivación judicial.

La motivación de las resoluciones judiciales constituye hoy un principio general y una exigencia, tal cual se expone en la Constitución como derecho fundamental (art. 139°.5) y en la literatura jurídica. De allí, que nace las particularidades de sus funciones en el ordenamiento jurídico.

2. 7. 1. 2. 1. Función endoprosesal.

Esta función de la motivación permite un control técnico de la decisión judicial que puede ser realizada por las partes del proceso y por los órganos jurisdiccionales superiores (revisión); así, el control puede ser respecto al derecho (por violación de la ley, o en su caso defectos de interpretación o subsunción), y al hecho fáctico (por resolver más allá de los hechos invocados, o en su caso por insuficiencia de pruebas o valoración arbitraria de la prueba), pretendiendo con el control se confirme, se revoque o se anule la decisión judicial (Castillo Alva, 2004).

En términos de Castillo Alva (2004), la motivación endoprocesal tiene dos manifestaciones, los que se presenta así:

a) Función endoprocesal de la motivación respecto a las partes. En términos de Taruffo (2006), esta función se identifica a través de las siguientes razones:

i) La función de la motivación que tiene sobre las partes del litigio; ello se presenta a través de una triple visión: se afirma que la motivación debe persuadir a las partes, en especial a la parte perdedora, de la bondad y la justicia de la decisión, así como el hecho de que el Juez valoró los fundamentos de las partes.

ii) Una segunda razón de la motivación, implica en el hecho de que cuando la decisión judicial se encuentre motivada, no solo resulta más fácil la valoración de la pertinencia de la impugnación, sino que además es posible identificar de manera precisa los vicios de la sentencia que puedan motivar la impugnación.

iii) Una tercera razón de la motivación, implica una eficacia explicativa más amplia, estando que es posible encontrar en sus fundamentos precedentes significativos para la solución del caso. (pp. 335 -338).

b) Función endoprocesal de la motivación respecto a los órganos de justicia superiores. Siguiendo al autor en referencia, señala que "... se trata de ver al juez de la impugnación en una posición, respecto de la sentencia, que tiene diversos aspectos de la analogía con aquella en la que se encuentran las partes: de hecho, también a este propósito es posible pensar en una función persuasiva y clarificadora de la motivación respecto de la fundamentación y el contenido exacto de la decisión a la que se refiere" (p. 338).

El Tribunal Constitucional señala respecto a los ítems referidos citando a Igartua Salaverría:

"Respecto de las partes, se pretende conseguir su convencimiento sobre la justicia de la decisión, enseñándoles adecuadamente el alcance de la sentencia y facilitarles los

recursos; y en lo concerniente a los tribunales que examinan los recursos presentados, la motivación de las sentencias permite un control más cómodo tanto en apelación (porque revela los hipotéticos vicios de la decisión recurrida) como en casación” (STC N° 01744 -2005 -AA/TC F. 5).

2. 7. 1. 2. 2. Función extraprocesal.

La función de la motivación de las decisiones judiciales no solo es importante dentro del contexto intraprocesal, sino también su función extraprocesal que está referido al “control democrático de la función jurisdiccional, la unidad e igualdad en la aplicación del derecho, la verificación de la validez constitucional del sistema de fuentes, el dinamismo del derecho, y el derecho al análisis y crítica de las decisiones judiciales” (Zavaleta Rodríguez, 2014, p. 217).

Siguiendo a Zavaleta Rodríguez (2014), señala que esta función tiene las siguientes dimensiones:

a) *La motivación otorga legitimidad al ejercicio del poder jurisdiccional.* Se refiere a que la decisión judicial debe ser expresión de la racionalidad y razonabilidad, en ese sentido, el juez debe comunicar a los ciudadanos las razones de su decisión, con el que crea confianza en los ciudadanos que el criterio adoptado proviene del ordenamiento jurídico. Para alcanzar este criterio la función de la motivación exige que sea pública, inteligible y auto suficiente, vale decir que sea entendible para los ciudadanos.

b) *La motivación coadyuba a la unidad e igualdad en la aplicación del derecho.* Implica que en la motivación se respete el principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como su unidad y coherencia, pues, en referencia a los últimos la función de la motivación no solo debe servir para el caso particular si no también deber ser universal (para otro caso similar).

c) *La motivación verifica la validez constitucional del sistema de fuentes en su aplicación.* Parte en considerar que al aplicar una norma jurídica se supone que es compatible con la Constitución (es decir, es constitucional por tanto corresponde

aplicarla); de allí que, si advierte una incompatibilidad entre el dispositivo legal y la Constitución, debe preferir la última (control de constitucionalidad).

d) *La motivación coadyuba al dinamismo del sistema jurídico.* Implica que la interpretación de la ley debe estar apoyada en argumentos interpretativos ya aprobados y justificados en la jurisprudencia, así como su correlación con los principios jurídicos y fuentes del derecho, los que necesitaran una carga argumentativa.

e) *La motivación posibilita el ejercicio del derecho constitucional al análisis y crítica de las decisiones judiciales.* Este criterio implica que no solo las partes de acuerdo con su interés pueden analizar o criticar las resoluciones, sino también los terceros ajenos al proceso, con lo que también se posibilita un control de la decisión judicial (pp. 217 -220).

2. 7. 1. 2. 3. Función pedagógica.

Esta función es expresada por el Tribunal Constitucional, y señala que la motivación de las decisiones judiciales, desde un punto de vista general, es una excelente herramienta para la educación ciudadana sobre los derechos y sus garantías. De modo tal, la decisión judicial debe ser redactada en términos claros que permita que un ciudadano promediado, pueda entender (la prohibición y la sanción) y orientar su conducta, con lo cual se optimiza los recursos económicos destinados en el proceso judicial (STC. N° 01744 -2005 -AA/TC F. 5).

2. 7. 1. 3. Patologías de la motivación judicial.

Bajo el concepto de patologías se hace referencia a los vicios o errores en la motivación de las decisiones judiciales, los mimos que a continuación se presentan, siguiendo a Zavaleta Rodríguez (2014):

2. 7. 1. 3. 1. Falta de motivación.

Esta modalidad implica la ausencia total o parcial de los fundamentos de la decisión judicial, pero, con la particularidad que debe ser en lo esencial. Así, será ausente la motivación, cuando no existe ella en la decisión (no existe o no evidencia la característica estructural de la decisión, es decir, ni expresa ni tácita); y es parcial, cuando se dan los casos

de motivación por remisión (la justificación se reenvía a la contenida en otra resolución, la conocida “por sus propios fundamentos”) y motivación implícita (es la justificación que se deduce del conjunto de razonamiento expuestos en la resolución).

2. 7. 1. 3. 2. Motivación defectuosa.

Esta modalidad de motivación patológica se presenta en cuatro dimensiones:

- a) *Defectos entre el problema y la argumentación (Elusión de la cuestión).* Se presenta cuando el juez no ha comprendido el caso (hecho fáctico) y por ende trastoca o soslaya el *thema decidendi*, es decir, el juez no se pronuncia sobre la real controversia, aunque el argumento guarda coherencia y coincide con la pretensión.
- b) *Defectos en la argumentación (Contradicción de premisas o Vulneración del principio lógico de no contradicción o Incoherencia narrativa¹).* Se presenta cuando la argumentación judicial contiene premisas contradictorias, de modo tal, estas se excluyen mutuamente, por lo que no es posible tener una inferencia válida.
- c) *Defectos entre la argumentación y el fallo (Conclusión imposible).* Este vicio infringe la justificación interna, se trata, que la decisión no deriva de las premisas o razones que el juzgador esgrimió como fundamentos, es decir, no presenta una deducción lógica.
- d) *Defectos entre el problema y el fallo (Incongruencia).* Se refiere a que el juez debe observar para resolver el problema las pretensiones y posiciones de las partes; así, cuando el juzgador concede algo distinto a lo pedido se la denomina *extra petita*, si se excede en lo pedido se la denomina *ultra petita*, y si omite pronunciarse sobre lo pedido se la denomina *citra petita*.

2. 7. 1. 3. 3. Motivación aparente.

Debemos considerar que cuando hablamos de motivación aparente es por la sencilla razón de emitir que una decisión judicial es vaga, inespecífica e irrelevante, el caso típico de esta clase de vicio, se trata de aquellas resoluciones que solo se limitan a describir los hechos alegados por las partes, sin ningún análisis o vinculación con las pruebas.

2. 7. 1. 3. 4. Motivación insuficiente.

Se incurre en este vicio, cuando el juez no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes (no dilucida un problema de interpretación sobre la razón fáctica y jurídica) (pp. 398 -421).

Sobre las patologías o vicios de la motivación judicial el Tribunal Constitucional, en el caso *Giuliana Llamoja*, desarrollo conceptos que a continuación se expone:

Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando

las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derechos indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).

Motivaciones cualificadas. Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal (STC 0728 -2008 -PHC/TC, FJ. 7).2. 7.

El precedente

2. 7. 2. 1. Consideraciones generales.

En la literatura jurídica se hace alusión a los modelos del *common law* y *civil law*, cuya distinción es necesario hacer referencia a efectos de contextualizar el precedente vinculante o la doctrina jurisprudencial vinculante.

Siguiendo a Taruffo (2010), el modelo del *common law* viene de la cultura jurídica angloamericana, con los conceptos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* y *overruling*, planteando que el precedente al ser vinculante es fuente del derecho (plantea que la decisión de los jueces son precedentes y vinculan a otros jueces en casos análogos); mientras que el *civil law* o modelo continental de origen romano germánico, está sustentado en el sentido de la codificación, donde el problema planteado solo puede ser resuelto por la ley (en este sistema los jueces tiene la función de aplicar e interpretar las normas emitidas por el legislativo), y las sentencias judiciales solo tienen un efecto persuasivo; sin embargo, muy a pesar de la distinción realizada, existe cierta similitud en lo referente a las sentencias en casación que constituyen precedentes, de allí su importancia (p. 7).

El sustento de la similitud, de estos dos sistemas (*civil law* y *el common law*), es que en ambos rige el principio de “igualdad de todos los ciudadanos ante la ley” e “igual razón, igual derecho”, lo que implica que todas las personas son iguales ante la ley y al presentarse un hecho similar, el juez debe dar una respuesta jurídica en igual sentido, con lo que se garantiza la predictibilidad y seguridad jurídica en la tarea de administrar justicia (Torres, 2008).

Otro aspecto a considerar, es contextualizar ¿Qué se entiende por precedente?, en ese cometido, es importante diferenciar los conceptos de precedente y jurisprudencia, así el precedente está constituida por una decisión judicial que es considerada una regla a aplicarse en otros casos subsiguientes, con la consideración que los hechos deben ser similares (cabe considerar que no es toda la sentencia, si no la parte de la *ratio decidendi*, es decir, la regla del derecho a la cual el juez hace referencia para calificar jurídicamente el hecho concreto y resolver la controversia); mientras que la jurisprudencia, está constituido por un conjunto de decisiones judiciales (cientos o miles de sentencias) sobre las mismas cuestiones de derecho, pudiendo ser redundante, variable, ambigua y contradictoria (Taruffo, Consideraciones

sobre el precedente, 2016). Entonces, precedente es una regla de derecho establecida en una sentencia de cumplimiento para otro magistrado en similar circunstancia, del que solo es posible apartarse a través de una debida argumentación.

Los precedentes son importantes, pues promueven valores, como el de la igualdad formal (la obligación de tratar igual lo que es igual), así también preserva los valores de certeza, estabilidad y confianza en la aplicación del derecho, así también ya hace predecible una decisión judicial estando que el precedente ya fundamenta una solución normativa según el caso. De allí, que Alexy en su planteamiento de argumentación incorpora como regla del discurso jurídico al precedente, para lo que debe observarse los siguientes criterios: 1° Cuando pueda contarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse; y, 2° Cuando quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación (Gascón Abellán, 2014, pp. 279 -280).

2. 7. 2. 2. Concepto

Siguiendo a Gascón Abellán (2014), define a los precedentes como los criterios interpretativos que ha sido usados por los órganos judiciales en la resolución de casos iguales al que se enfrenta el órgano de referencia (p. 277). Se explica lo señalado, en el sentido que se aplica la interpretación de la ley ya realizada con anterioridad, en una determinada decisión judicial, este proceso tiene mucha relación con la argumentación, pues al resolver un caso se hace la justificación tomando criterios ya resueltos.

2. 7. 2. 3. Clases de precedentes.

De acuerdo con Gascón Abellán (2014), se distingue tres clases de precedentes, que depende de la relación entre el órgano del que emana la decisión y del órgano a donde se recurre, así es posible identificar al precedente vertical, al precedente horizontal y autoprecedente.

a) Precedente vertical. Esta proviene del órgano judicial superior. Propicia la justicia uniforme y la idea de un juez único. Así, donde el precedente es vinculante, esta juega en la argumentación el mismo papel que la ley y garantiza la unidad de la solución correcta. Donde no es vinculante, el precedente juega en la argumentación el papel de una razón de autoridad.

b) Precedente horizontal. Esta proviene de otro órgano del mismo nivel jerárquico, se adopta la decisión del homólogo. Tiene por propósito propiciar la justicia uniforme, pero su fundamento se busca en una peculiar ideología judicial vinculado al espíritu institucional u organizativo que caracteriza a la profesión judicial, en suma, es una aceptación de doctrina jurisprudencial dominante. Este precedente tiene menor fuerza persuasiva que el vertical y es probable que en la argumentación se tome como ejemplo.

c) Autoprecedente (precedente doméstico). Esta proviene del mismo órgano que debe adoptar la decisión; es decir, un mismo órgano está vinculado a sus propios precedentes, por lo que no es posible que pueda variar de criterio, con ello se propicia una justicia uniforme, se observa el criterio de universalidad (pp. 277 -278).

2. 7. 2. 4. El precedente en la legislación peruana.

En nuestro ordenamiento jurídico, se tiene expresado el precedente judicial, desde la perspectiva constitucional y ordinaria.

Así, el Código Procesal Constitucional señala:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

En el caso de la jurisdicción ordinaria, la tenemos expresada en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que:

Artículo 22. - Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio

cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

En cuando a las especialidades (civil, penal, etc.), se tiene en el Código Procesal Civil y señala:

Artículo 400. -

(...)

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Por otro lado, también se tiene expresado en el artículo 433° inciso 3 del Código Procesal Penal que expresa:

En todo caso, la Sala de oficio o ha pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Como se observa en nuestro ordenamiento jurídico, unos conciben a este instituto como “precedentes vinculantes”, “principios jurisprudenciales”, y “doctrina jurisprudencial vinculante”, pero que en definitiva son sentencias interpretativas de la ley, que tienen aceptación social y son justas en el tiempo, por ende, vinculante para la jurisdicción ordinaria. Además, señalan que es posible apartarse de la doctrina jurisprudencial, bajo la exigencia de una motivación justificada.

2. 7. 2. 5. El apartamiento del precedente.

Como se ha visto, tanto en la legislación constitucional y ordinaria, se expresa la posibilidad de apartarse de la doctrina interpretativa, siempre con una debida justificación o en su caso el cambio de sentido interpretativo, pero a lo que nos interesa, es los lineamientos para el caso del apartamiento del precedente o doctrina jurisprudencial vinculante.

Recientemente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (Casación N° 344 -2017 Cajamarca), determinó los supuestos del apartamiento del precedente, esto, al desarrollar una de las causales del recurso de casación, específicamente lo establecido en el artículo 429° numeral 5 del Código Procesal Penal “Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional”.

Así, el apartamiento se puede dar en tres supuestos:

[1°] Se apartan de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, al decidir, expresamente, no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante que sea de aplicación al caso que resuelven, justificando su decisión de apartamiento, precisando sus razones (apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial).

[2°] Soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna a la misma en la resolución que expiden (apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial).

[3°] Aparentemente cumplen con aplicar el criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, que resulta ser de aplicación al caso que resuelven; no obstante, no lo hacen rigurosa, adecuada o acabadamente, lo cual repercute, significativamente, en la solución del caso que deciden (apartamiento material de doctrina jurisprudencial). (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República Casación N° 344 - 2017 Cajamarca. F. 2.4).

2. 8. Marco Conceptual

Acuerdo Plenario. “(...) Decisión de las Cámaras de apelación, en deliberación conjunta, para unificar la jurisprudencia. Súplase así la falta de una amplia *casación* (v.). La interpretación de la ley por la *sentencia plenaria* es obligatoria para la Cámara que la adopte y para los juzgados que de ella dependen, aunque puedan los jueces salvar su opinión personal. Solo cabe modificar aquella mediante otro *acuerdo plenario*, revocatorio del precedente o innovador una vez más.” (Cabanillas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2006, p. 168).

Argumentación Jurídica. Según Meza Fonseca (citado por Rosas Alcántara, 2015). “Así como cuando se habla de la interpretación jurídica conviene restringir el campo de su aplicación, también acontece lo propio con las llamadas teorías de la argumentación, pues argumentar es, asimismo, una actividad que se puede verificar en cualquier ámbito en el cual sea necesario emitir un razonamiento para demostrar o probar una proposición, o bien para convencer a otro (a) de aquello que se afirma o niega. En consecuencia, por argumentación jurídica ha de entenderse aquel tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho y en los cuales sea necesario convencer” (p. 62).

Compatibilidad. Calidad o característica de lo que puede existir o realizarse a la vez que otra cosa.

Constitución. “Conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización y las relaciones entre los poderes públicos, y fijan los grandes principios del Derecho Público de un Estado. La Constitución se presenta como norma escrita fundamental. Como advierte Ollero, en este sentido, la constitución es el llamado Estado de derecho. Entraña la idea de legalidad escrita, la de preeminencia de esa legalidad con respecto al ordenamiento jurídico total y la de una especial organización del poder con reconocimiento de una esfera de libertad individual, en el servicio de la cual y como instrumentación técnica esa especial organización del poder estriba en la división tripartita que ya Montesquieu formulará teóricamente, aleccionado por la práctica constitucional inglesa (Rosas Alcántara, 2015, p. 107).

Constitución democrática. “Normalmente, este concepto forma parte del discurso de los actores políticos (parlamentarios, ministros, jefe de Estado, prensa, etc.). Y aunque su uso no está ciertamente distorsionado, dado que es un concepto amplio, su excesiva utilización puede hacer perder su contenido sustantivo por devaluación y terminar siendo desnaturalizado. (...).

Leonardo Morlino en 1986 lo define como: «El proceso de reforzamiento, afirmación, robustecimiento del sistema democrático, encaminado a aumentar su estabilidad, su capacidad de persistencia y a contrarrestar y prevenir posibles crisis» (Rosas Alcántara, 2015, p. 106).

Corte Suprema. “Es el órgano supremo de deliberación, que debidamente convocado, decide sobre la marcha institucional y sobre todos los asuntos que no sean de exclusiva competencia de otros órganos (Judicial, 2018).

Debida motivación. “(...) En el ámbito académico comparado, traduce una inquietud fundamental en cuanto a la labor de jueces y fiscales: que la construcción de decisiones vaya siempre acompañada de: 1) los patrones de la lógica y 2) la adecuada justificación de argumentos (Figueroa Gutarra, 2014, p. 17).

Distrito Judicial. (*Distrito:*) “Demarcación territorial o de población, para funciones públicas, servicios administrativos, ejercicio de derechos, cumplimiento de deberes o imperio jurisdiccional (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual III Tomo, 2006, p. 311).

Expediente. (Derecho procesal) Es el conjunto de escritos, actas y resoluciones donde se encuentran consignados todos los actos procesales realizados en un proceso, los cuales son ordenados según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente. (Poder Judicial, 2015).

Interpretación. “La declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro o dudoso. La oscuridad, la duda o la laguna legal puede encontrarse en las palabras o en el espíritu de las normas positivas, en los contratos, en los hechos, en las

demandas, en las sentencias, en cualquiera de los actos o de las relaciones jurídicas; de ahí la amplitud y variedad de la *interpretación*, para aclarar la situación real o la voluntad verdadera, que por ello mismo se considera en voces separadas e inmediatas a esta.” (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, p. 521).

Normas Constitucionales. “(...) *Noción preliminar.* En el tecnicismo constitucionalista, la *Constitución* del Estado es el conjunto de reglas fundamentales que organizan la sociedad política, estableciendo la autoridad y garantizando la libertad; es la ley magna de la nación, y aplicada en forma regular, principalmente en el conjunto de derechos y deberes establecidos en forma general y particular para cada ciudadano.” (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, p. 362).

Normas del bloque de constitucionalidad. “Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén, a precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...)”. (Rosas Alcántara, 2015, p. 391).

Normas Legales. La regla jurídica positiva; la *ley* (v.) | El precepto vigente en tanto que dispone en sentido de potestad, liberación o deber, y en lo que regula, interpreta o suple la voluntad particular. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo V, 2008, p. 546).

Nulidad. Dentro de la técnica jurídica, *nulidad* constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La *nulidad* puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras *nulidades* de los actos

jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo V, 2008, p. 569).

Sentencia. “*Conceptos doctrinales.* Según Chiovenda, la *sentencia* es la resolución del juez que, admitiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien; o, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que garantiza un bien al demandado. (...)”. (Cabanellas de Torres, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2006, p. 415).

Técnicas de Interpretación. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Es un organismo judicial autónomo, de carácter no permanente, con sede en San José, Costa Rica. La Corte IDH tiene como propósito la aplicación e interpretación de las disposiciones de la CADH, así como de otros instrumentos internacionales que le otorguen estas atribuciones. La Corte IDH está integrada por siete jueces de nacionalidad de alguno de los Estados Miembros de la OEA. Los jueces son elegidos a título personal y deben contar con la más alta autoridad moral y conocimientos de derechos humanos, así como cumplir con los requisitos para ocupar las más elevadas funciones judiciales de su país, o bien, del país que los propone. Los jueces duran en su cargo seis años con la posibilidad de ser reelectos por un periodo de igual duración. (...)” (Rosas Alcántara, 2015, p. 137).

2. 9. Sistema de Hipótesis

Las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° **1397-2017/NACIONAL** del Distrito Judicial de Lima – Lima, 2020; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

III. METODOLOGÍA

3. 1. Tipo y Nivel de investigación

3. 1. 1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa (mixta)

Cuantitativa: Es cuantitativo en el sentido que la validez normativa como variable independiente utiliza la exclusión en función de la jerarquía, temporalidad y especialidad de la norma, para someterse a la ponderación y calificación de un valor numérico reflejado en los cuadros de resultados; una vez identificadas permitirá la identificación de las técnicas de interpretación. Asimismo, las técnicas de interpretación como variable dependiente podrán ser ponderadas y calificadas con un valor numérico, basadas en sus respectivas dimensiones: interpretación, integración y argumentación.

Cualitativa: Es cualitativo en el sentido que el investigador utilizará las técnicas para recolectar datos, como la observación y revisión de documentos (sentencias), podrá evaluar la validez normativa empleando las técnicas de interpretación; es decir, no se evidenciará manipulación alguna de las variables en estudio.

Por lo que ambos tipos de investigación proponen nuevas observaciones y evaluaciones para esclarecer, modificar y fundamentar las suposiciones e ideas o incluso generar otras. (Hernández, Fernández & Batista, 2014, p. 537).

3. 1. 2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico

Exploratorio: Es exploratorio porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito será examinar una variable poco estudiada (validez normativa y técnicas de interpretación), porque hasta el momento de la planificación de investigación se ha encontrado estudios relativamente conocidos, por lo cual el investigador podrá efectuar una investigación más completa respecto a un contexto particular (sentencias emitidas por el órgano supremo).

Por ello, se orientará a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema.

Hermenéutico: Es hermenéutico porque interpreta y explica el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para analizar la validez normativa y determinar qué tipo de técnica de interpretación se aplica para dar solución a un caso.

3. 2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico

El **método hermenéutico dialéctico** se basa en la relación dialéctica entre la comprensión, la explicación y la interpretación de la norma con la finalidad analizar y explicar y de qué manera se aplican la validez normativa y las técnicas de interpretación en las Sentencias de los Órganos Supremos de Justicia del Perú.

3. 3. Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estará constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N° **1397-2017/NACIONAL** perteneciente al Distrito Judicial de Lima - Lima, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

TABLA 1

3. 4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
X₁: VALIDEZ DE LA NORMA JURIDICA	Independiente	La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulan el proceso formal y material de su producción normativa jurídica.	VALIDEZ Establecer la validez y vigencia de la norma. .	Validez formal	*Jerarquía normativa *Especialidad *Temporal o cronológico	TÉCNICAS: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Validez formal ▪ Validez material ▪ Vigencia de las normas
				Validez material		
			Control difuso	Principio de proporcionalidad Juicio de ponderación	INSTRUMENTO:	
Y₁:	Dependiente	Es un procedimiento que consiste en buscar y describir el sentido del	INTERPRETACIÓN Del latín <i>interprepari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	Lista de cotejo
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	

TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN		precepto jurídico y además de sostener la posición elegida.		Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico -Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico
			INTEGRACIÓN Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.	Auto integración	*Analogía *Principios generales
				Hetero integración	*Costumbre *Jurisprudencia *Equidad
			ARGUMENTACIÓN Tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho.	Ámbitos de la argumentación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En la producción o establecimiento de normas jurídicas ▪ Aplicación de normas jurídicas ▪ En la dogmática jurídica
				Vicios en la argumentación	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Falta de razones ▪ Razones irrelevantes ▪ Razones defectuosas ▪ Suposiciones no garantizadas ▪ Ambigüedades
				Teorías de la argumentación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El discurso jurídico de Robert Alexy ▪ La propuesta de Manuel Atienza

3. 5. Técnicas e instrumentos

Para el recojo de datos se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos donde se presentarán los parámetros, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de las variables. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia formará parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica. (Lista de cotejo y cuadro de presentación de los resultados correspondientes al docente investigador).

3. 6. Plan de análisis

Siguiendo a Hernández, Fernández & Batista (2014), se ejecutará por etapas o fases (p. 576). Estas etapas serán:

3. 6. 1. La primera etapa: abierta y exploratoria

La actividad consistirá en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista; es decir, será un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretará, el contacto inicial con la recolección de datos.

3. 6. 2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos

Esta actividad estará orientada por los objetivos y la revisión permanente de la literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos. Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán trasladados literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar la coincidencia; con excepción de los datos de identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

3. 6. 3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

Será una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

El instrumento para la recolección de datos, será una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos, compuesto por parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituirán en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidenciará como Anexo para el Informe de Tesis.

TABLA 2

3. 7. Matriz de consistencia

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
VALIDEZ NORMATIVA Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 1397-2017/NACIONAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA – LIMA. 2020	¿De qué manera la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, en el expediente N° 1397-2017/NACIONAL del Distrito Judicial De Lima –Lima, 2020?	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar de qué manera la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, en el expediente N° 1397-2017/NACIONAL del Distrito Judicial De Lima –Lima, 2019</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <p>1. Determinar la validez de la norma jurídica en base a la validez formal y validez material.</p>	X1: VALIDEZ NORMATIVA	Independiente	La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulan el proceso formal y material de su producción	VALIDEZ	Validez formal	*Jerarquía normativa *Especialidad *Temporal o cronológico	TÉCNICAS:
							Validez material		■Técnica de observación
						VERIFICACION DE LA NORMA	Control difuso	Test de proporcionalidad	Análisis de contenidos
									INSTRUMENTO:
								Lista de cotejo	
									Población - Muestra

		<p>2. Determinar la verificación de la norma teniendo en cuenta el control difuso .</p> <p>3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación, en función de sujetos, resultados, y medios.</p> <p>4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración.</p> <p>5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación, en función del discurso práctico general y el discurso jurídico.</p>			n normativa jurídica.					<p>Población:</p> <p>Expediente judicial consignado con el N° 1397-2017/NACIONAL perteneciente al Distrito Judicial de Lima - Lima, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.</p>
		<p>HIPÓTESIS:</p> <p>La Validez normativa y las Técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en la Sentencia de la</p>	Y₁:	Dependiente	Esquemas conceptuales e	INTERPRETACIÓN	<p>Sujetos</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	<p>Resultados</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa 		

		Corte Suprema, en el expediente N° 1397-2017/NACIONAL del Distrito Judicial de Lima – Lima, 2020; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.	TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN		ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y si no solo literal del texto legal.			Programática	
							Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico - Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	
						INTEGRACIÓN	Auto integración	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La analogía <ul style="list-style-type: none"> ▪ Los principios generales del derecho 	
							Hetero integración	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La Costumbre ▪ La jurisprudencia ▪ La equidad 	
						ARGUMENTACIÓN	Ámbitos de la argumentación jurídica	<p>En la producción o establecimiento de normas jurídicas.</p> <p>En la aplicación de normas jurídicas</p> <p>En la dogmática jurídica</p>	

								<p>Vicios en la argumentación</p> <ul style="list-style-type: none"> *Falta de razones *Razones irrelevantes *Razones defectuosas *Suposiciones no garantizadas *Ambigüedades 	
								<p>Teorías de la argumentación jurídica</p> <ul style="list-style-type: none"> *Discurso jurídico de Robert Alexy *La propuesta de Manuel Atienza 	

3. 8. Principios éticos

3. 8. 1. Consideraciones éticas

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estará sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se suscribirá una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3 para el Informe de Tesis.

3. 8. 2. Rigor científico

Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se insertará el objeto de estudio: la sentencia casatoria de la Sala Penal de la Corte Suprema, que se evidenciará como Anexo N° 1 en el presente Proyecto de Investigación.

Se precisa que la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable; Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos; el contenido de la Declaración de Compromiso Ético; el Diseño de los cuadros para presentar los resultados, y el procedimiento aplicado para la determinación de las subdimensiones, las dimensiones y la variable en estudio, será realizado por el Docente en Investigación a cargo de la Asignatura de Tesis (ULADECH Católica – Sede central: Chimbote - Perú).

IV. RESULTADOS

4. 1. Resultados

Cuadro 1: Validez normativa y Técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL, del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020

Variable	Dimensión	Subdimensiones	Evidencia empírica	Criterios	Calificación de las subdimensiones			Calificación total de la validez normativa		
					Nunca	A veces	Siempre	Nunca	A veces	Siempre
					[0]	[1,5]	[2,5]	[0]	[1 - 15]	[16 - 25]
VALIDEZ NORMATIVA	Validez	Validez formal	<p>RECURSO CASACION N° 1397-2017/NACIONAL PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO</p> <p>Condena del absuelto, juicio de hecho e imputación de directivos de empresas Sumilla 1. Es posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional – véase, por ejemplo, El Estatuto de la Corte Penal</p>	<p>1. Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones constitucionales , teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir su validez formal : verificando o comprobando la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada -temporalidad de la norma Si respeta.</p>		X				
				<p>2. Los razonamientos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa , (Es decir debió separar aquella norma jurídica que es congruente con otra norma de mayor jerarquía , con la finalidad de distinguir el rango de la ley en la norma. No respeta</p>	X					

		<p>Internacional, artículo 83, numeral 2 – 2. Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas -, para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos. 3. Tratándose de directivos de una empresa, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es palente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir de un lado, (I) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo – que toma decisiones directivas -, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito, y, de otro lado, (II) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento – el debió tenerlas consigo en atención a sus concretas</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>circunstancias personales – y de las características de la organización empresarial.</p> <p>-SENTENCIA DE CASACIÓN-</p> <p>Lima, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho</p> <p>VISTOS: en audiencia publica: los recursos de casación interpuestos por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A y B contra la sentencia de vistas de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, (i) absolvió a C y D de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión agravada en perjuicio del Estado; (ii) absolvió a E y F de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho pasivo propio en perjuicio del Estado; (iii) absolvió a B y A de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado; (iv) absolvió D y G de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de falsedad genérica en perjuicio del Estado; (v) absolvió a F de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio del Estado; (vi) condeno a A como cómplice del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (vii) condeno a B como cómplice primario del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación, así como al pago de quinientos mil soles por concepto de</p>							
	Validez material		<p>1.Los razonamiento evidencian la selección de normas legales, es decir la validez material , (Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir verificar la constitucionalidad y legalidad de las normas seleccionadas -Especialidad de la norma jurídica-) Si respeta.</p> <p>2.Los razonamientos evidencian que las normas constitucionales y legales han sido adecuadas a las circunstancias del caso (Es decir teniendo en cuenta las pretensiones y las alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público. Si respeta.</p>	X		X			

		reparación civil; (viii) absolvió a H como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado; y, (ix) absolvió a la empresa I de la imposición de la medida de suspensión de sus actividades por un año; con lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SMC.	3.Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el art. 429 del Código Procesal Penal; las cuales deberán estar debidamente fundamentadas con la finalidad de determinar que principio o derecho se vulneró. Si respeto.			X			
		FUNDAMENTOS DE HECHO							

		<p>PRIMERO. Que, según la acusación de fojas trescientos cuarenta y cuatro, de uno de diciembre de dos mil quince, entre los años dos mil once y dos mil doce, en el Gobierno Regional de Tumbes, entonces bajo la presidencia del acusado E – Presidente Regional de Tumbes -, este junto a los acusados F – Procurador Publico del Gobierno Regional de Tumbes -, C – Gerente Regional de Infraestructura -, A y B – representantes de la persona jurídica I -, se conformó una asociación ilícita para delinquir destinada a cometer delitos contra la Administración Publica, consistentes en actos colusorios en perjuicio del Gobierno Regional de Tumbes. Los hechos atribuidos son los siguientes:</p> <p>1. En el año dos mil nueve el Gobierno Regional de Tumbes otorgo la buena pro para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”, en el departamento de Tumbes, a la empresa I. Los cargos penales están circunscriptos a la ejecución contractual de dicha obra – periodo comprendido entre los años dos mil once y dos mil doce-.</p> <p>2. A estos efectos se utilizaron procesos arbitrales y acuerdos vía conciliación para perjudicar al Gobierno Regional de Tumbes en beneficio de la empresa I. Se generó un aparato aparentemente legal, en la que cada uno</p>		X					
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	---	--	--	--	--	--

		<p>de sus integrantes contribuía desde la Gerencia de Infraestructura – con los informes correspondientes – y desde la Procuraduría Pública Regional – mediante su participación en las audiencias de conciliación – para lesionar el patrimonio institucional del gobierno regional de Tumbes y aparentar que tales acuerdos eran dispuestos por terceros, al margen de una mala gestión y de la consolidación de acuerdos colusorios.</p> <p>3. Durante la ejecución del contrato se plantearon dos pretensiones contradictorias por parte del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I. El primero pretendía el monto de trece millones y medio de soles a la referida empresa, y la segunda procuraba el pago pendiente por el gobierno regional de Tumbes de la suma de cuatro millones ciento un mil quinientos cuarenta y dos soles con treinta y cinco céntimos.</p>							
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

Verificación de la norma	Control difuso	<p>4. Se imputa, en calidad de cómplices de colusión agravada, a los acusados H, D y G, por ser integrantes del Tribunal Arbitral en el que tuvo lugar la audiencia de conciliación – de fecha trece de julio de dos mil once – por medio de la cual la contratista, empresa I, logro constituirse como acreedora de la suma de tres millones trescientos mil soles, que debía de pagar el gobierno regional de Tumbes – laudo de veinticinco de julio de dos mil once, notificado el día veintiséis de julio de ese año dos mil doce -. En virtud de la referida conciliación, el gobierno regional de Tumbes devolvió las cartas fianza y pago dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y tres soles a favor de la citada empresa, además de los siete millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cinco con sesenta y nueve soles que se había entregado precisamente a la empresa I por concepto de adelantados otorgados por avance de obras. Igualmente, cometieron el delito de falsedad genérica al haber insertado información falsa en el texto del laudo arbitral – veinticinco de julio de dos mil once-, y (ii) al cumplimiento del requisito de representatividad del representante del gobierno regional de Tumbes en la audiencia de conciliación para hacer eficaz el acuerdo que consta en el acta y, por extensión, en el laudo.</p> <p>5. Además, los encausados A y B – representantes de la empresa I – cometieron el delito de cohecho activo genérico porque compraron y entregaron pasajes aéreos a la ciudad de Lima a los acusados E y F (delito de cohecho pasivo propio), con la finalidad de que ambos, en violación de sus obligaciones realicen en la audiencia de</p>	<p>1. Se determinó las causales del recurso de casación (Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 429 del CPP A inciso 1 Si la sentencia ha sido expedida con inobservancia a algunas garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. B inciso 2. Si la sentencia incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad. C inciso 3. Si la sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal. D inciso 4. Si la sentencia ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. E inciso 5. Si la sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, o en su caso, por el Tribunal Constitucional. Si respeta.</p>			X			
			<p>2. Se determinó el cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación. Si respeta.</p>			X			
			<p>3. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las disposiciones deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al (os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado (s)). Si respeta</p>			X			

		<p>conciliación, actos que favorezcan indebidamente a la empresa antes mencionada en la ejecución contractual de la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable en cuatro distritos de Tumbes.</p> <p>6. Asimismo, los encausados A, B, E y F cometieron delito de colusión agravada porque se concertaron para defraudar al gobierno regional de Tumbes en la resolución contractual y liquidación de la obra en cuestión mediante la aludida conciliación arbitral.</p> <p>7. Finalmente, se atribuyó a F – Procurador Publico del Gobierno Regional de Tumbes – la comisión del delito de peculado, porque se habría apropiado de la suma de ochocientos setenta y uno soles de los viáticos asignados, por el monto de mil novecientos veintiún soles, con ocasión de su viaje a Lima entre los días doce y diecisiete de julio de dos mil once.</p>	<p>4. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) Si respeta.</p>	X				
			<p>5. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. (El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental) Si respeta.</p>	X				

		<p>SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional, (i) absolvió a los ocho acusados por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; (ii) absolvió a E y F por el delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; (iii) absolvió a A por los delitos de colusión agravada y de cohecho activo genérico en agravio del Estado; (iv) absolvió a B por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado; (v) absolvió a J por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; (vi) absolvió a C por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; (vii) absolvió a G y D por el delito de colusión agravada (cómplices primarios) en agravio del Estado; a H, Gy D por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado; y, a G y D por el delito de falsedad genérica en agravio del Estado; (viii) condeno a E por delito de colusión agravada (autor) en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad; (ix) condeno a F por delitos de colusión agravada y peculado doloso por apropiación (autor) a un total de catorce años de pena privativa de libertad; (x) condenó a K por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; (xi) condeno a B por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; (xii) condeno a H por delitos de colusión agravada y falsedad genérica a un total de doce</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>años de pena privativa de libertad; (xiii) suspendió las actividades de la persona jurídica I por un año y ordeno la intervención de la autoridad administrativa por ese mismo periodo; (xiv) impuso la pena de inhabilitación por cinco años a E, F, K, B y H; y; (xv) fijo en quinientos mil soles el monto por concepto de reparación civil que abonaran solidariamente los condenados.</p> <p>TERCERO. Que, interpuesto el recurso de apelación por los afectados y previo procedimiento de impugnación en segunda instancia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional emitió la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, que, en lo pertinente, (i) confirmo la absolución materia de la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, en los extremos ya citados; (ii) revoco la condena a H por delito de colusión agravada (cómplice) y lo absolvió; al igual que la condena a F pro el delito de peculado doloso por apropiación; (iii) revoco la absolución a A por delito de colusión agravada y, reformándola, lo condeno por ese delito (cómplice) a seis años de pena privativa de libertad; condeno a A y B pro delito de colusión agravada; (iv) confirmo la condena a E por delito de colusión agravada y revoco la pena interpuesta, la que fijo en siete años de privación de libertad; (v) confirmo la condena a F por delito de colusión agravada y revoco la pena impuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; (vi) confirmo la condena a K por delito de colusión agravada y revoco la pena impuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; (vii) confirmó la condena a B por delito de colusión agravada y revoco la pena interpuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; (viii) confirmo la condena a H delito de falsedad genérica y revoco la pena impuesta, la que fijo en dos años de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año; (ix) revoco la medida impuesta a la</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>persona jurídica I y, reformándola, la absolvió de los cargos; (x) confirmo la suma por reparación civil e, integrándola, ordeno el pago de dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochocientos ochenta y tres soles que devolverá al Estado la empresa I; y, (xi) confirmo en lo demás que contiene.</p> <p>Contra la citada sentencia de vista, los acusados (i) A y (ii) B, al igual que la (iii) señora Fiscal Superior Nacional, interpusieron recurso de casación.</p> <p>CUARTO. Que la señora Fiscal Superior Nacional, en su recurso de casación de fojas mil doscientos noventa y tres, de cinco de setiembre de dos mil diecisiete, invoco el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteo los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal).</p> <p>Inició en la intervención punible de los árbitros en consolidación de la concertación entre los funcionarios del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I para afectar el patrimonio del primero; en la incorporación de la circunstancia agravante genérica de pluralidad de personas en el delito de colusión y demás delitos de encuentro; en la calificación de los viáticos como objeto material del delito de peculado; en la corrección de la valoración de la prueba respecto de C, a quien se absolvió, pese a que con ese mismo material probatoria se condenó a E, F, B y A; en la responsabilidad de I y su intervención en la comisión de los delitos de colusión y cohecho, lo que exige analizar los alcances del artículo 105 del Código Penal; en la correcta interpretación de los alcances de los delitos de cohecho activo genérico y cohecho pasivo propio – y la incorrecta definición de los mismos por el Tribunal Superior-.</p>							
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>QUINTO. Que el encausado A en su recurso de casación de fojas mil cientos treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1,3,4 y 5, del Código Procesal Penal).</p> <p>Enfatizo en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condeno, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral – no desde el contexto contractual- administrativo-, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto factico normativo en orden a una contratación pública.</p> <p>SEXTO. Que el encausado B, en su recurso de casación de fojas mil doscientos treinta, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3,4 y 5, del Código Procesal Penal).</p> <p>Destaco que se le condeno por el delito de colusión por el hecho de que conocía del acuerdo colusorio, pero la ley exige que se realice actos de concertación; que conocer no es concertarse – primero debe acreditarse los elementos objetivos del tipo legal y, luego, el elemento subjetivo -; que no se utilizó correctamente las exigencias de la prueba</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>indiciaria; que no se configuro el contexto factico normativo exigido por el tipo legal; que no se definió los alcances de la ejecución contractual en un proceso arbitral, lo que determinaría la no criminalidad de los hechos por colusión, así como también si todo termino por una transacción en un proceso arbitral no es posible la configuración del delito de colusión; que no puede haber perjuicio si no se invalido la liquidación de la obra cuestionada; que debe determinarse lo que debe entenderse por la expresión “suficiente actividad probatoria”.</p> <p>SÉPTIMO. Que el encausado H, en su recurso de casación de fojas mil doscientos ochenta y tres, invoco el motivo de casación de vulneración de precepto material y el acceso excepcional al indicado recurso. Afirmo que la necesidad de fijar parámetros objetivos para la interpretación del delito de falsedad genérica y de la institución de la prescripción. Este recurso, empero, fue desestimado de plano.</p> <p>OCTAVO. Que, empero, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil ciento noventa y siete del cuadernillo de casación, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, y a la Ejecutoria aclaratoria de fojas mil trescientos doce, de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, lo único que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:</p> <p>A. Se aceptó como motivos de casación los de quebramiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (artículo 429, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal).</p> <p>B. El examen casacional está circunscripto a dilucidar: (i) la punibilidad de los árbitros en un proceso de contratación para la ejecución de obra cuando han concertado con los funcionarios y la empresa privada; (ii) si la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito, para los casos de colusión y demás delitos de encuentro, donde se ven involucrados dos partes,</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>constituye una circunstancia agravante para la determinación de la pena; (iii) la aplicación de medidas a la persona jurídica vinculada, por su actividad y organización, a un hecho punible (artículos 105 y 105-A del Código Penal); (iv) si el Tribunal de Apelaciones puede condenar al absuelto, pese a que el Ministerio Público en su alegato de clausura planteó su pretensión y no solicitó la condena, sino la nulidad de la sentencia absolutoria de primera instancia, y su relación con el principio de jerarquía funcional (artículo ciento cincuenta y nueve, incisos tres y cuatro, de la Constitución); (v) si se puede apartar injustificadamente de la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema de Justicia que prohíbe la condena al absuelto y la posible vulneración del principio de igualdad; y, (vi) si respecto del dolo, es necesario establecer primero la tipicidad objetiva – con la consiguiente acreditación de los elementos del tipo (autor, conducta, imputación objetiva y resultado)-, y, luego, recién ingresar al análisis del tipo subjetivo (dolo).</p> <p>NOVENO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de las Ejecutorias anteriores – con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa de los imputados E y B, corriente a fojas mil doscientos cuarenta y cuatro y mil doscientos cincuenta, de tres de mayo de dos mil dieciocho del cuadernillo de casación -, se expidió el decreto de fojas mil doscientos cincuenta y dos, de ocho de mayo de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día dos de agosto último.</p> <p>DÉCIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de: (i) el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor ASS; (ii) el señor abogado defensor de E, doctor AE; (iii) el señor abogado defensor de D, doctor AD; (iv) el señor abogado defensor de B, doctor AB; (v) el señor abogado de A, doctor AA; y, (vi) el señor abogado defensor de G, doctor</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>AG. Hizo uso de la palabra el encausado en cárcel E mediante videoconferencia.</p> <p>UNDÉCIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenida el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia Casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.</p> <p>FUNDAMENTOS DE DERECHO</p> <p>1. INTRODUCCIÓN</p> <p>PRIMERO. Que, dentro del factum acusatorio, como hecho de carácter principal declarado probado, se tiene que se produjo un concierto ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes con la misma empresa I, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen” y en virtud de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse, según el caso, se celebró una transacción en sede arbitral que perjudico los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que el Procurador Regional carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo.</p> <p>A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa I se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa I pago pasajes de avión a la ciudad de Lima a los encausados E y F para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa.</p>							
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>SEGUNDO. Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público – las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatoria (SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Editorial Grijley, Lima, 2016, p. 324) -.</p> <p>Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes.</p> <p>Conforme se indicó en el Informe Especial, elaborado por la Contraloría General de la República – debidamente explicado en el acto oral -, se estableció que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos (conforme: Sección XIV, folios ciento dos a ciento seis de la sentencia de primera instancia).</p> <p>Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.</p> <p>2. DE LA POSICION JURIDICA DEL ENCAUSADO A</p> <p>TERCERO. Que el encausado A era el Gerente General de la empresa I, y, como tal, intervino en la audiencia de conciliación de trece de julio de dos mil once – al igual que el gerente técnico de la misma, MVR -. Además, participo en la sesión del Consejo Regional de Tumbes el diez de</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>febrero de dos mil once en la que expuso sobre las controversias de su empresa con el gobierno regional de Tumbes; y, presento demandas, ampliaciones y liquidaciones requiriendo pagos al gobierno regional de Tumbes.</p> <p>La sentencia de primera instancia absolvió a A porque entendió que, en esa audiencia, ante el comentario de MVR sobre sus dudas respecto de la representatividad de K por el gobierno regional de Tumbes, le pidió que lo hiciera saber a los asistentes, lo que en efecto se hizo. Hecho que, a su juicio, pone en duda la efectiva colusión con B, E y F. Además, sostuvo que la ganancia era para el dueño de la empresa B y no para él, quien era un empleado de la misma (véase numeral 6, punto 2, punto 4, folios ciento cuarenta y ocho a ciento cuarenta y nueve).</p> <p>La sentencia de segunda instancia, en cambio, condeno a (A) porque pese a conocer el vicio de representatividad de K decidió continuar con la diligencia; que los acuerdos arribados en esa audiencia, por su complejidad, fueron previos a la propia diligencia; que dicho encausado no solo participo como Gerente General de I, sino que por su importancia económica los consulto previamente con el accionista mayoritario B; que, además, al día siguiente solicito la ejecución del acuerdo y pidió la devolución de la carta fianza, pese a que sabía que debía esperar que el gobierno regional presente la resolución autoritativa del acuerdo de transacción: que el citado encausado constantemente presentaba requerimientos mediante cartas, interpuso demanda e incluso formulo una denuncia (véase numeral 61, punto 5, folios noventa y ocho a cien).</p> <p>CUARTO. Que, en este caso, se cuestiona si era posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia, habida cuenta de la existencia de una sentencia de casación que concluyo que tal potestad del Tribunal Superior no era posible. El imputado, además, señalo que</p>							
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>el señor Fiscal Superior en sede de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule la absolución.</p> <p>1. Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente, lo dispuesto en el artículo 425, apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice: “La sentencia de segunda instancia (...) puede: b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional – véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2 -,</p> <p>2. Cabe enfatizar, mas allá de que una sentencia de casación señale la inviabilidad de condenar al absuelto, que finalmente la Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema – órgano jurisdiccional competente funcionalmente cuando se trata de consultas en materia de inaplicación de normas con rango de ley (artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por tribunales inferiores, en su sentencia de veintidós de octubre de dos mil quince, afirmo la constitucionalidad de esta opción y, por consiguiente, desaprobó una consulta en sentido contrario elevada por la Corte Superior de Justicia de Junín (Consulta número 15852-2014/Junín).</p> <p>3. Nuestro recurso de apelación es típicamente ordinario – se puede plantear bajo causas de pedir y petitum de hecho (impugnar el juicio de culpabilidad o de inocencia) y de derecho (correcta interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídicos) -; y, además, es igual, en cuanto a sus alcances, tanto así tiene contenido</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>acusatorio como defensivo. No existen diferencias entre los recursos del fiscal, del actor civil o del imputado – se asume como fundamental el principio de igualdad de arma -; los motivos o causales para apelar son los mismos, no hay restricciones específicas para alguna de las partes.</p> <p>4. Si bien el Código Procesal Penal opta por un sistema de revisio prioris instantiac – no por el novum iudicium -, (i) autoriza la actuación de pruebas no actuadas en primera instancia, bajo determinados límites (artículo 422, apartado 5, del Código Procesal Penal); y, (iii) introduce un límite radical respecto de la valoración de la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia – salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia – (artículo 425, apartado 2, del código Procesal Penal).</p> <p>5. En esta perspectiva la audiencia de apelación – en la que se observaran, en cuanto sean aplicables, las normas relativa al juicio de primera instancia (artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal – requiere la presencia del acusado, sea recurrente o recurrido si la impugnación procede del Fiscal. Si el imputado es parte recurrida su inasistencia, si bien no impide el desarrollo de la audiencia, determinara se le declare reo contumaz y se disponga su conducción coactiva (artículo 423, numerales 2 y 4, del Código Procesal Penal). Es claro, en esta última posibilidad, que la sentencia de vista no puede comprender al acusado contumaz inasistente si fuera del caso revocar un fallo de primera instancia absolutorio (veas el artículo 79, numeral 5, del Código Procesal Penal), pues se requiere escucharlo para conformar el juicio de hecho.</p> <p>QUINTO. Que, cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso – de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principios de intermediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos -, requiere,</p>							
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas-, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/2014, de veintitrés de junio).</p> <p>En estos casos, como proclamo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta preciso que el Tribunal de Apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por el en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (STEDH Hermi c. Italia, de 18 de octubre de dos mil seis, párrafo sesenta y cuatro). Incluso tal “nueva audiencia” es necesaria cuando la inferencia del Tribunal de Apelación ha tenido relación con elementos subjetivos (STEDH Cadena Calero c. España, de veintidós de noviembre de dos mil once, párrafo cuarenta y seis).</p> <p>La inmediación es, pues, relevante porque permite al órgano jurisdiccional sentenciador perciba, en cuanto a las pruebas personales se trata, por sí mismo y sin ningún tipo de traba, los testimonios de las personas que han de deponer en su presencia, para que de este modo pueda, sin ningún tipo de interferencias, participar y adquirir finalmente, considerando que los testimonios son fiables o no, el conocimiento necesario sobre el modo y</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>circunstancias en las que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento, y ello con el fin último de fallar la causa de la forma más ajustada a la realidad (SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO: La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 31/32).</p> <p>SEXTO. Que, fijada la doctrina sobre la materia, en el presente caso se tiene:</p> <p>1. En la audiencia de apelación – en sus treinta y ocho sesiones, del veinte de abril al veintiuno de agosto de dos mil diecisiete – solo declararon parte de los encausados y se oralizo prueba documental. El imputado recurrido A – quien estuvo presente en la audiencia – no declaro respecto de los motivos de la apelación de Ministerio Publico, solo se dio lectura a su declaración en sede de primera instancia (sesión de dieciocho de julio de dos mil diecisiete), e hizo de su derecho a la última palabra (sesión de tres de agosto de dos mil diecisiete).</p> <p>2. La sentencia de vista impugnada, que altero la apreciación del cuadro de hechos e infirió un juicio de culpabilidad, se sustentó no solo en la prueba documental que cito (cartas, demanda civil, denuncia penal) sino también prueba persona (testifical) respecto a si advirtió la falta de representatividad de K – ese punto se destacó a propósito de la declaración en primera instancia de la gerente técnica de I, MVR, y a su intervención previa en las últimas fases del contrato cuestionado y en sus relaciones con su coimputado B.</p> <p>3. Siendo así, en el caso concreto, no era posible dictar condena sin recibir de nuevo las declaraciones de los árbitros, de K y de MVR, así como sin atender a lo expuesto por B en la audiencia de segunda instancia. Por consiguiente, al omitirse esas diligencias y pautas de valoración, la condena del absuelto vulnero los principios de inmediación y publicidad, que integran la garantía del debido proceso, y el principio de contradicción, que integra</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>la garantía de defensa procesal. La nulidad es, pues, inevitable, conforme al artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.</p> <p>4. Dada esta conclusión, no es del caso pronunciarse acerca de si, además, medio un problema de congruencia ante el pedido de la Fiscalía Superior y la decisión del Tribunal de Apelación – de anulación del fallo de primera instancia a condena del absuelto-.</p> <p>3. DE LA POSICIÓN JURIDICA DEL ENCAUSADO B</p> <p>SÉPTIMO. Que la sentencia de vista impugnada declaro probado: (i) que el encausado B es el accionista mayoritario, con el noventa y cinco por ciento de las acciones, de la empresa I; (ii) que dicha empresa resulto favorecida con el laudo arbitral; (iii) que del número de teléfono celular novecientos setenta y ocho quinientos veinticinco cero treinta y cinco – perteneciente a la empresa y a cargo de la gerente técnico MVR – se efectuaron numerosas llamadas a integrantes del gobierno regional de Tumbes y un árbitro; (iv) que estaba pendiente de la controversia y conocía de los acuerdos previos, que favorecían a I, así como que tenía poderes generales iguales a los que corresponden al gerente general; y, (v) que, de otro lado, la documentación con el gobierno regional y la intervención en el proceso arbitral correspondió al gerente general A.</p> <p>OCTAVO. Que, según se advierte del punto 6.2.2 de la sentencia de primera instancia (folio ciento treinta y dos de la sentencia) se está ante una anónima privada, del que el encausado B de Presidente del Directorio. Dicho encausado se abstuvo de declarar en primera y segunda instancia – solo se dio lectura a su declaración sumarial -, como consta de fojas cuatrocientos siete, de seis de octubre de dos mil dieciséis. En su autodefensa en sede de primera y segunda instancia expuso que no conoció a E que los</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>contratos se cumplieron a cabalidad, incluso la empresa tiene certificado de conformidad de obra; que no firmó contrato con E; que la empresa no quiso dejar la obra, pero el gobierno regional de Tumbes puso trabas (fojas cuatrocientos treinta y tres y novecientos ochenta y seis).</p> <p>NOVENO. Que la sentencia de vista, como quedo indicado, razona, respecto del encausado recurrente B, que conocía los entretelones de las diferencias entre el gobierno regional de Tumbes y que, como accionista mayoritario, tenía conocimiento de todo lo acontecido, al punto que el acuerdo arribado con el gobierno regional favoreció a la empresa I. Es verdad, de otro lado, que toda la documentación e intervención material en el proceso arbitral correspondió al gerente general de la referida empresa, encausado A gerente general.</p> <p>Empero, es de tener en cuenta que, tratándose de directivos de una empresa, como lo era B al tener la condición de Presidente del Directorio – más allá que sea el propietario del noventa y cinco por ciento de las acciones de la misma -, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir de una lado, (i) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo – que toma decisiones directivas – y el administrador o gerente – que asume la función de gestión -, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, (ii) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento – si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales – y de las</p>							
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>características de la organización empresarial (conforme: GARCIA CAVERO, PERCY: Derecho Penal Económico – Parte General, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 713/729).</p> <p>DECIMO. Que estas exigencias típicas generales – objetivas y subjetivas – no han sido desarrolladas por el Tribunal Superior. Solo menciona que el imputado B sabia de lo sucedido y, por ello, es responsable penal a título de autor. La imputación objetiva y la imputación subjetiva, como quedo expuesto, requieren que se dilucide lo que se tiene expuesto en el fundamento jurídico noveno. La interpretación de la tipicidad general ha sido incorrecta, así como la tipo penal de colusión en este concreto ámbito de organización.</p> <p>Es evidente que para ser participe en la comisión de un delito contra la Administración Publica se requiere de una acción consciente dirigida – en el caso del delito de colusión – a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte – en este caso – del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos. Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión. Es patente, asimismo, que estas exigencias típicas requieren de la prueba necesaria, más allá de toda duda razonable.</p> <p>El motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvió (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).</p> <p>4. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ÁRBITROS, ENCAUSADOS D Y H</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>UNDÉCIMO. Que la sentencia de segunda instancia, respecto de los árbitros, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, absolvió a los encausados D y H de la acusación fiscal formulada en su contra por complicidad primaria del delito de colusión agravada – este último fue condenado en primera instancia -. El G fue absuelto en primera instancia y ese fallo no fue apelado; luego, su situación jurídica quedo firme.</p> <p>El Tribunal Superior considero que la conducta de los árbitros es atípica, desde el tipo penal de colusión, porque, en atención a su ámbito de actuación, a lo mucho podrían ser sancionados en el ámbito administrativo, de conformidad con la legislación de contrataciones públicas. Que su intervención, en el caso concreto, se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio propuesto por las partes, conforme a la ley de arbitraje – en ese proceso, como es obvio no se había definido la controversia -. Que no sabían del acuerdo colusorio entre el gobierno regional de Tumbes y la empresa I. Que tampoco se probó que ellos notificaron la resolución respectiva, aun cuando se falsifico la firma de la Secretaria Arbitral.</p> <p>DUODÉCIMO. Que solo el caso concreto, tal como tuvo lugar, permite determinar si un suceso histórico es penalmente típico. La complicidad es una forma de participación y quien la realiza tiene, respecto del autor, un papel secundario en la realización del delito. El partcipe efectúa contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito, la esencialidad del aporte permite diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria.</p> <p>DECIMOTERCERO. Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública – se trata de la infracción de un deber</p>							
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>especial, en virtud de una competencia institucional -. Luego, el extraneus no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que esta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del gobierno regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente – el suceso histórico global así lo determina -. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva – si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la Administración Pública -. Competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales.</p> <p>En ambos análisis de la imputación penal el Tribunal Superior obvia lo que se requiere en materia de imputación objetiva e imputación subjetiva, y se desconoce los alcances de la complicidad. No es de recibo realizar un examen aislado de la intervención de los árbitros cuando la imputación se centra en una lógica de actuación concertada.</p> <p>Por consiguiente, el motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).</p> <p>5. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO F</p> <p>DECIMOCUARTO. Que las sentencias de instancia, en orden al delito de peculado por apropiación, declararon probado que el Procurador Público Regional F se le proporciono, por concepto de viáticos, la suma de mil novecientos veintiún soles, para asistir a la audiencia de conciliación en el proceso arbitral ya mencionado. De ese monto, el indicado encausado declaro que pago la suma de</p>							
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>ochocientos setenta y un soles por la adquisición del pasaje aéreo Tumbes – Lima – Tumbes, pese a que dicho pasaje fue financiado por la empresa I; por tanto, se apropió de esa suma de dinero.</p> <p>El Tribunal Superior estimo que los viáticos no entran en la órbita de los bienes que sean caudales o efectos, por lo que no se configura ese deber de garante de parte del funcionario público que, por apropiación o por utilización cometa el tipo penal.</p> <p>DECIMOQUINTO. Que, según se declaró en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 2938-2013/Lima, de veintiocho de abril de dos mil quince, desde el Derecho Presupuestal, los viáticos administrativos o en comisión de servicios se entregan a un servidor público para el cumplimiento de una específica actividad funcional y comprende gastos por alimentación, hospedaje y movilidad – esta es su finalidad, no otra – La normatividad pertinente fija unos montos-topes y, por lo demás, exige la dación en cuenta – debidamente justificada con la documentación pertinente, sujeta incluso a requisitos previos, condiciones y aun control posterior – para que las sumas no utilizadas reviertan al tesoro público.</p> <p>En tal virtud, no se trata de una asignación laboral permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor – la denominación de “viáticos” no puede llamar a error o confusión – sino de un dinero público con una finalidad de gestión o administración específica y reglada para cumplir instrumentalmente concretas actividades encomendadas en orden a la consecución de objetos institucionales. Administrar, en estas condiciones, significa la facultad de disponer de los bienes público para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas; el funcionario deber tener dominio sobre el dinero debido a sus funciones.</p> <p>En consecuencia, al erigirse en un caudal público (definido como bienes de contenido económicos – es decir, bienes</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio, incluido el dinero, conforme al Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116) – con un destino determinado sujeto a controles posteriores – por lo demás, todo caudal o dinero público, por la propia naturaleza de la función pública, está sujeta a supervisión y control por los órganos del sistema de control nacional – la apropiación de sumas no gastadas, más aun cuando se engaña a la Administración al momento de rendir cuentas – se afirma falsamente un gasto que en verdad no se realizó – constituye una conducta idónea para configurar el tipo delictivo de peculado por apropiación.</p> <p>DECIMOSEXTO. Que, en consecuencia, la interpretación del tipo penal de peculado por apropiación en relación a viáticos, parte de los cuales se apodero el imputado F, fue incorrecta y, en consecuencia, determino una absolución infundada. Se afirmó la atipicidad de una conducta que, objetivamente, es típica.</p> <p>El recurso acusatorio del Fiscal debe estimarse y así se declara. El Tribunal Superior debe expedir nuevo fallo en este extremo acatando por completo la interpretación del tipo penal en cuestión.</p> <p>6. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO C</p> <p>DECIMOSÉPTIMO. Que el recurso de apelación del Ministerio Público respecto del encausado C, Gerente Regional de Infraestructura, se limitó a alegar un error facti en la apreciación de la prueba. En efecto, había emitido un pronunciamiento oficial, en el sentido que la empresa I tenía un saldo a pagar a favor del gobierno regional por más de trece millones y medio de soles, pese a lo cual termino aprobando el acuerdo conciliatorio que determino un pago de tres millones trescientos mil soles a favor de dicha empresa, al punto que tramito con inusitada celeridad el Informe Técnico numero – 2011 para que se lleve a cabo la conciliación, y negocio con H la celebración</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>de la indicada audiencia, a la par que envió a K para que intervenga en la misma, pese a no tener poder para hacerlo. Al respecto, la sentencia de vista estimo que su intervención fue antes y después del acto colusorio, que el informe oficial fue elaborado por H, Sub Gerente de Obras, y la autorización a K fue para apoyar las labores del Procurador Regional F no para que firme la conciliación. Por ello, ratifico la absolución desde que no se superó el estándar de más allá de toda razonable.</p> <p>DECIMOCTAVO. Que es de acotar que este punto no es materia del ámbito excepcional casatorio aceptado por este Tribunal Supremo. Por lo demás, se trata de un problema referido a la questio facti; no se denuncia una infracción de una regla o precepto sobre prueba (questio iuris). Tampoco se resalta un vicio referido a la inferencia probatoria sobre la base de una vulneración de una ley lógica, máxima de experiencia o conocimiento científico.</p> <p>El Tribunal Superior invoco un déficit acerca del estándar de prueba para condenar (mas allá de toda duda razonable) y, desde esa perspectiva, no consta parámetro objetivo que permita sostener que la citada conclusión es irrazonable o arbitraria.</p> <p>7. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ENCAUSADOS E, F, A, B, D Y G</p> <p>DECIMONOVENO. Que la sentencia de vista confirmo la sentencia de primera instancia en cuanto (i) absolvió a E y F de la acusación fiscal por delito de cohecho pasivo propio; (ii) absolvió a B y A de la acusación fiscal por delito de cohecho activo genérico; y, (iii) absolvió a D y G de la acusación fiscal por delito de falsedad genérica. Rechazo el recurso acusatorio del Ministerio Publico.</p> <p>VIGÉSIMO. Que la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas mil ciento noventa y siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, estableció, primero, que la competencia casacional estaba vinculada al acceso excepcional</p>							
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>establecido en el artículo 427, apartado 4, del Código Procesal Penal, por lo que tiene un carácter discrecional y únicamente circunscripto a lo que específicamente se acepta.</p> <p>Solo se aceptó el motivo de casación de infracción de precepto material en cinco puntos precisos. La responsabilidad penal de los árbitros – respecto del delito de colusión agravada – la institución de la condena del absuelto – de relevancia constitucional y procesal – la pluralidad de los agentes como agravante del delito de colusión, la vinculación de la persona jurídica en un hecho punible, y los supuestos de dolo en el delito de colusión agravada.</p> <p>No ingresa en el ámbito del examen casacional los extremos fijados en el fundamento jurídico precedente. Por ende, no cabe pronunciamiento alguno.</p> <p>8. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA</p> <p>VIGESIMOPRIMERO. Que la sentencia de vista impugnada, respecto de la empresa I, preciso que si bien es una persona jurídica que existe desde el año dos mil y llevo a cabo más de ciento cincuenta proyectos – muchos de ellos, de agua y alcantarillado – ello pone en duda que sea una empresa instituida con una finalidad real encubierta relacionada con la comisión de delitos de colusión agravada u otros. Anoto, además, que no se encuentra acreditado que fue utilizada para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas, pues tenía en ejecución varias obras, gran capacidad de contratación y funcionaba desde tiempo atrás. Por todo ello, la absolvió de los cargos.</p> <p>VIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 105 del Código Penal establece la aplicación de una medida contra una persona jurídica, en el curso de un proceso penal y por la comisión de un hecho punible, cuando (i) el delito se comete en ejercicio de su actividad o utilizando si organización; y, (ii) con el objetivo de favorecer o encubrir</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>el delito en cuestión – que es el criterio de imputación fundamental -.</p> <p>VIGESIMOTERCERO. Que, en primer lugar, la persona jurídica, con independencia de su historia social o antecedentes en actividades comerciales o de otra índole, por defectos de organización, se le utiliza para cometer delitos o encubrirlos, por lo que no es de recibo detallar como causal de exclusión de responsabilidad que tenía en curso varios negocios lícitos y tenía una larga data en la actividad mercantil – solo es viable esto último para evitar la medida más grave: la disolución de la persona jurídica, radicada en personas jurídicas constituidas y que operan habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas -. En segundo lugar, debe existir una relación entre el injusto típico perpetrado y la actividad o la organización de la persona jurídica, y además que el objetivo de la intervención de esta última sea para favorecer o encubrir el hecho punible. En tercer lugar, en el caso correcto, es obvio que el contrato lo celebró dicha persona jurídica y al amparo de su actividad mercantil es que se perpetró el delito de colusión agravada, con la intervención de gerentes vinculados a su administración y gestión – sin perjuicio de establecer la intervención de directivos de la misma – (la empresa I fue instrumental al delito y, formalmente, a ella fue destinada los beneficios económicos ilícitos resultantes del delito).</p> <p>En conclusión, se interpretó incorrectamente el artículo 105 del Código Penal; y, con ello, se le inaplicó, determinando una absolución infundada. El Tribunal Superior debe dictar nuevo fallo al respecto y tener en cuenta, además, los criterios de fundamentación y medición del artículo 105-A del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 7-2009/CJ-116.</p> <p>9. DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE AGENTES Y DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>VIGESIMOCUARTO. Que el delito de colusión agravada – como el delito de colusión simple – tiene como sujeto activo – o autor – al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas – aquel que intervenga de manera relevante en el proceso de contratación o de liquidación -. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios – coautores -.</p> <p>De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales – la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionario que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, manteniéndose el mismo título de imputación-.</p> <p>VIGESIMOQUINTO. Que, a los efectos de la individualización de la pena, el artículo 46, literal i) del Código Penal estipulo, como circunstancia agravante: “La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito” – en tanto que ello indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos (HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo II, 4ta. Edición, IDEMSA, Lima, 2011, p. 333) -, que a su vez puede implicar que se determine la pena concreta dentro del tercio intermedio o del tercio superior de la pena abstracta, según el caso. El vocablo “agentes” comprende tanto autores, como investigadores y cómplices primarios – no así de los secundarios (Obra Citada, Ídem).</p> <p>VIGESIMOSEXTO. Que aun cuando se califique al delito de colusión como uno de encuentro, que presupone la</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>intervención de un tercero interesado, si en la ejecución del indicado delito intervienen varios agentes en una u otra posición – siempre más de dos -, es indudable que es de aplicación la circunstancia agravante genéricas antes citada. La concreta ejecución del delito marca, desde la individualización de la pena, si se está ante más de dos agentes: más de un funcionario autor y/o más de un tercero interesado cómplice.</p> <p>El Tribunal Superior al considerar que el vocablo “concertar” determina en sí mismo la participación de dos partes: intraneus y extraneus, siempre hay pluralidad de agentes y, por ende, que no se aplica el indicado precepto del Código Penal, interpreto erróneamente esta circunstancia agravante genérica y las características del tipo penal de colusión. No se trata que se intervengan dos partes – o posiciones en el proceso de contratación pública -, sino del número de personas que lo hagan.</p> <p>En tal virtud, debe ampararse el recurso acusatorio y dictarse un fallo, amén de rescindente, rescisorio respecto de las penas impuestas – respecto de la situación jurídica de E, F y K -. Como se tiene una concurrencia de circunstancia de agravación y otra de atenuación (ausencia de antecedentes) la pena se determina dentro del tercio intermedio; y, en función al contenido de injusto y culpabilidad por el hecho. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal de Primera Instancia, el que debe confirmarse.</p> <p>10. DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE CASACIÓN</p> <p>VIGÉSIMOSEPTIMO. Que el artículo 504 del Código Procesal Penal las costas del recurso son pagadas por quien pierde el recurso que interpuso – es decir, están a cargo del vencido, según el artículo 497, apartado 3, del citado Código -; y, las costas se impondrán en caso gane el recurrente al recurrido si se opuso a la pretensión impugnatoria. Empero, el ultimo precepto invocado</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>autoriza a eximir las costas cuando existan razones serias y fundadas para litigar. En el presente caso, los problemas presentados fueron complejos y demandaban una participación procesal intensa con argumentos jurídicos problemáticos. Siendo así, es razonable eximir de las costas a los vencidos.</p> <p>DECISIÓN Por estas razones: I. Declararon FUNDADOS parcialmente los recursos de casación, por las causales de quebramiento de precepto procesal e infracción de precepto material, interpuestos en lo pertinente por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A Y B contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete. II. CASARON parcialmente la sentencia de vista; y, en consecuencia: 1. ORDENARON que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación, cumpliendo cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, respecto de (i) la revocatoria de la absolución del encausado A por delito de colusión agravada y su respectiva confirma; (ii) la confirmatoria de la condena al encausado B por delito de colusión agravada; (iii) la confirmatoria de la absolución a D y H por delito de colusión agravada; (iv) la revocatoria de la condena al encausado F y su absolución respectiva por el delito de peculado por apropiación; y, (v) la revocatoria de la imposición de medidas a la empresa I y su absolución respectiva respecto del delito de colusión agravada. 2. Actuando como instancia, CONFIRMARON la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, en la parte que condenando a E, F y K por delito de colusión agravada en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad para el primero y diez años de la misma pena a los restantes; con los demás que al respecto</p>							
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>contiene. III. DISPUSIERON se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, remitiéndose además copia certificadas de los actuados pertinentes al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la iniciación de la ejecución procesal de la condena y reparación civil a quienes resulten necesarios y su situación jurídica quedo firme. IV. MANDARON se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder judicial. Intervino el señor Juez Supremo RBR, por licencia de la señora Juez Suprema EBA. HÁGASE saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.</p> <p>S. s. S.M.C P.T S.V C.M B.R</p> <p>CSM/amon</p>							
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema en el expediente N°1397-2017/NACIONAL , del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020.

Nota. La búsqueda e identificación de los criterios de la validez normativa en la sentencia de la Corte Suprema.

LECTURA. El cuadro 1, aborda la calificación del rubro de Validez normativa, en las dimensiones de Validez y Verificación de la norma ; así, en lo referente al primero que consta de dos subdimensiones, como las “Validez formal” y “Validez material”, estas arrojan una calificación de “6.5”, estando a que los magistrados emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos que evidencian la selección de normas procesales penales en los que no fue necesario la exclusión de normas indicadores de la validez formal pero si evidencian todos los indicadores de la sub dimensión validez material . En el caso de la segunda dimensión (Verificación de la norma), en función de la subdimensión de “control difuso ”, se tuvo una calificación de “8.5”, ello en razón de que se cumple en cuatro de los cinco indicadores a excepción delindicador referido a si se .

Cuadro 2: Validez normativa y Técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, emitida en el Expediente N°1397-2017/NACIONAL, del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020

Variable	Dimensiones	Subdimensiones	Evidencia empírica	Criterios	Calificación de las subdimensiones			Calificación total de las técnicas de interpretación		
					Por remisión	Inadecuada	Adecuada	Por remisión	Inadecuada	Adecuada
					[0]	[2,5]	[5]	[0]	[1 - 37,5]	[38 - 75]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	<p>RECURSO CASACION N° 1397-2017/NACIONAL PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO</p> <p>Condena del absuelto, juicio de hecho e imputación de directivos de empresas Sumilla 1. Es posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional – véase, por ejemplo, El</p>	1. Establece el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las disposiciones seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial) Si respeta.			X			
		Resultados		1. Establece el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las disposiciones seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa) Si respeta / No respeta	X					
		Medios		1. Establece los criterios de interpretación jurídica de disposiciones seleccionadas para comprender su	X					

Integración	Auto integración	<p>Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2 – 2. Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas -, para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de intermediación, autoriza la citación de testigos. 3. Tratándose de directivos de una empresa, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir de un lado, (l) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo – que toma decisiones directivas -, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito, y,</p>	<p>sentido; es decir, entender las disposiciones penales que garantizan el proceso. (Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) Si respeta / No respeta</p>						
			<p>2. Establece los criterios de interpretación constitucional de disposiciones seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica) Si respeta / No respeta</p>	X					
			<p>1. Establece la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si respeta / No respeta</p>	X					

	Hetero integración	de otro lado, (il) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento – el debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales – y de las características de la organización empresarial.	2. Establece los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si respeta / No respeta	X						
			<p style="text-align: center;">-SENTENCIA DE CASACIÓN-</p> <p>Lima, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho</p> <p style="text-align: center;">VISTOS: en audiencia publica: los recursos de casación interpuestos por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A y B contra la sentencia de vistas de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, (i) absolvió a C y D de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión agravada en perjuicio del Estado; (ii) absolvió a E y F de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho pasivo propio en perjuicio del Estado; (iii)</p>	1. Establece los argumentos con relación a la creación de disposiciones por integración (En función del uso de la costumbre, jurisprudencia y equidad). Si respeta / No respeta	X					
Argumentación	Ámbitos de la argumentación jurídica		1. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones de interpretación de enunciados normativos para resolver el caso (Problemas de interpretación). Si respeta / No respeta			X				
			2. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones probatorias para resolver el caso (Problemas de valoración de pruebas). Si respeta / No respeta			X				

	Vicios en la argumentación	absolvió a B y A de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado; (iv) absolvió D y G de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de falsedad genérica en perjuicio del Estado; (v) absolvió a F de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio del Estado; (vi) condeno a A como cómplice del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (vii) condeno a B como cómplice primario del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación, así como al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (viii) absolvió a H como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado; y, (ix) absolvió a la empresa I de la imposición de la medida de suspensión de sus actividades por un año; con lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SMC.	1. Establece la presencia de los vicios en la argumentación en la solución del caso. (a) Falta de razones; b) Razones irrelevantes; c) Razones defectuosas; d) Suposiciones no garantizadas; e) Ambigüedades) Si respeta / No respeta		X				
	Teorías de la argumentación jurídica		1. Establece el uso de la teoría del discurso jurídico como método de la de argumentación jurídica. (Uso del discurso jurídico) Si respeta / No respeta		X				

			<p style="text-align: center;">FUNDAMENTOS DE HECHO</p> <p>PRIMERO. Que, según la acusación de fojas trescientos cuarenta y cuatro, de uno de diciembre de dos mil quince, entre los años dos mil once y dos mil doce, en el Gobierno Regional de Tumbes, entonces bajo la presidencia del acusado E – Presidente Regional de Tumbes -, este junto a los acusados F – Procurador Publico del Gobierno Regional de Tumbes -, C – Gerente Regional de Infraestructura -, A y B – representantes de la persona jurídica I -, se conformó una asociación ilícita para delinquir destinada a cometer delitos contra la Administración Publica, consistentes en actos colusorios en perjuicio del Gobierno Regional de Tumbes. Los hechos atribuidos son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none">1. En el año dos mil nueve el Gobierno Regional de Tumbes otorgo la buena pro para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”, en el departamento	<p>2. Establece el uso de la teoría de Manuel Atienza como método de la argumentación jurídica. (Uso de la propuesta de Atienza). Si respeta / No respeta</p>								
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>de Tumbes, a la empresa I. Los cargos penales están circunscriptos a la ejecución contractual de dicha obra – periodo comprendido entre los años dos mil once y dos mil doce-.</p> <p>2. A estos efectos se utilizaron procesos arbitrales y acuerdos vía conciliación para perjudicar al Gobierno Regional de Tumbes en beneficio de la empresa I. Se generó un aparato aparentemente legal, en la que cada uno de sus integrantes contribuía desde la Gerencia de Infraestructura – con los informes correspondientes – y desde la Procuraduría Pública Regional – mediante su participación en las audiencias de conciliación – para lesionar el patrimonio institucional del gobierno regional de Tumbes y aparentar que tales acuerdos eran dispuestos por terceros, al margen de una mala gestión y de la consolidación de acuerdos colusorios.</p> <p>3. Durante la ejecución del contrato se plantearon dos pretensiones contradictorias por parte del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I. El primero pretendía el monto de trece millones y medio de soles a la referida empresa, y la segunda procuraba el pago pendiente por el gobierno regional de Tumbes de la suma de cuatro millones ciento un mil quinientos cuarenta y dos soles con treinta y cinco céntimos.</p> <p>4. Se imputa, en calidad de cómplices de colusión agravada, a los acusados H, D y G, por ser integrantes del Tribunal</p>							
--	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>Arbitral en el que tuvo lugar la audiencia de conciliación – de fecha trece de julio de dos mil once – por medio de la cual la contratista, empresa I, logro constituirse como acreedora de la suma de tres millones trescientos mil soles, que debía de pagar el gobierno regional de Tumbes – laudo de veinticinco de julio de dos mil once, notificado el día veintiséis de julio de ese año dos mil doce -. En virtud de la referida conciliación, el gobierno regional de Tumbes devolvió las cartas fianza y pago dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y tres soles a favor de la citada empresa, además de los siete millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cinco con sesenta y nueve soles que se había entregado precisamente a la empresa I por concepto de adelantados otorgados por avance de obras. Igualmente, cometieron el delito de falsedad genérica al haber insertado información falsa en el texto del laudo arbitral – veinticinco de julio de dos mil once-, y (ii) al cumplimiento del requisito de representatividad del representante del gobierno regional de Tumbes en la audiencia de conciliación para hacer eficaz el acuerdo que consta en el acta y, por extensión, en el laudo.</p> <p>5. Además, los encausados A y B – representantes de la empresa I – cometieron el delito de cohecho activo genérico porque compraron y entregaron pasajes aéreos a</p>							
--	--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>la ciudad de Lima a los acusados E y F (delito de cohecho pasivo propio), con la finalidad de que ambos, en violación de sus obligaciones realicen en la audiencia de conciliación, actos que favorezcan indebidamente a la empresa antes mencionada en la ejecución contractual de la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable en cuatro distritos de Tumbes.</p> <p>6. Asimismo, los encausados A, B, E y F cometieron delito de colusión agravada porque se concertaron para defraudar al gobierno regional de Tumbes en la resolución contractual y liquidación de la obra en cuestión mediante la aludida conciliación arbitral.</p> <p>7. Finalmente, se atribuyó a F – Procurador Publico del Gobierno Regional de Tumbes – la comisión del delito de peculado, porque se habría apropiado de la suma de ochocientos setenta y uno soles de los viáticos asignados, por el monto de mil novecientos veintiún soles, con ocasión de su viaje a Lima entre los días doce y diecisiete de julio de dos mil once.</p> <p>SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional, (i) absolvió a los ocho acusados por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; (ii) absolvió</p>							
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>a E y F por el delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; (iii) absolvió a A por los delitos de colusión agravada y de cohecho activo genérico en agravio del Estado; (iv) absolvió a B por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado; (v) absolvió a J por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; (vi) absolvió a C por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; (vii) absolvió a G y D por el delito de colusión agravada (cómplices primarios) en agravio del Estado; a H, Gy D por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado; y, a G y D por el delito de falsedad genérica en agravio del Estado; (viii) condeno a E por delito de colusión agravada (autor) en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad; (ix) condeno a F por delitos de colusión agravada y peculado doloso por apropiación (autor) a un total de catorce años de pena privativa de libertad; (x) condenó a K por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; (xi) condeno a B por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; (xii) condeno a H por delitos de colusión agravada y falsedad genérica a un total de doce años de pena privativa de libertad; (xiii) suspendió las actividades de la persona jurídica I por un año y ordeno la intervención de la autoridad administrativa por ese mismo periodo; (xiv) impuso la pena de inhabilitación por cinco años a E, F, K, B</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>y H; y; (xv) fijo en quinientos mil soles el monto por concepto de reparación civil que abonaran solidariamente los condenados.</p> <p>TERCERO. Que, interpuesto el recurso de apelación por los afectados y previo procedimiento de impugnación en segunda instancia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional emitió la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, que, en lo pertinente, (i) confirmo la absolución materia de la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, en los extremos ya citados; (ii) revoco la condena a H por delito de colusión agravada (cómplice) y lo absolvió; al igual que la condena a F pro el delito de peculado doloso por apropiación; (iii) revoco la absolución a A por delito de colusión agravada y, reformándola, lo condeno por ese delito (cómplice) a seis años de pena privativa de libertad; condeno a A y B pro delito de colusión agravada; (iv) confirmo la condena a E por delito de colusión agravada y revoco la pena interpuesta, la que fijo en siete años de privación de libertad; (v) confirmo la condena a F por delito de colusión agravada y revoco la pena impuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; (vi) confirmo la condena a K por delito de colusión agravada y revoco la pena impuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; (vii) confirmó la condena a B por delito de colusión agravada y revoco la pena interpuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; (viii) confirmo la condena a H delito</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>de falsedad genérica y revoco la pena impuesta, la que fijo en dos años de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año; (ix) revoco la medida impuesta a la persona jurídica I y, reformándola, la absolvió de los cargos; (x) confirmo la suma por reparación civil e, integrándola, ordeno el pago de dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochocientos ochenta y tres soles que devolverá al Estado la empresa I; y, (xi) confirmo en lo demás que contiene.</p> <p>Contra la citada sentencia de vista, los acusados (i) A y (ii) B, al igual que la (iii) señora Fiscal Superior Nacional, interpusieron recurso de casación.</p> <p>CUARTO. Que la señora Fiscal Superior Nacional, en su recurso de casación de fojas mil doscientos noventa y tres, de cinco de setiembre de dos mil diecisiete, invoco el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteo los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal).</p> <p>Incidió en la intervención punible de los árbitros en consolidación de la concertación entre los funcionarios del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I para afectar el patrimonio del primero;</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>en la incorporación de la circunstancia agravante genérica de pluralidad de personas en el delito de colusión y demás delitos de encuentro; en la calificación de los viáticos como objeto material del delito de peculado; en la corrección de la valoración de la prueba respecto de C, a quien se absolvió, pese a que con ese mismo material probatoria se condenó a E, F, B y A; en la responsabilidad de I y su intervención en la comisión de los delitos de colusión y cohecho, lo que exige analizar los alcances del artículo 105 del Código Penal; en la correcta interpretación de los alcances de los delitos de cohecho activo genérico y cohecho pasivo propio – y la incorrecta definición de los mismos por el Tribunal Superior-</p> <p>QUINTO. Que el encausado A en su recurso de casación de fojas mil cientos treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invoco el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteo los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1,3,4 y 5, del Código Procesal Penal).</p> <p>Enfatizo en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condeno, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho</p>							
--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral – no desde el contexto contractual- administrativo-, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto factico normativo en orden a una contratación pública.</p> <p>SEXTO. Que el encausado B, en su recurso de casación de fojas mil doscientos treinta, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invoco el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteo los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3,4 y 5, del Código Procesal Penal).</p> <p>Destaco que se le condeno por el delito de colusión por el hecho de que conocía del acuerdo colusorio, pero la ley exige que se realice actos de concertación; que conocer no es concertarse – primero debe acreditarse los elementos objetivos del tipo legal y, luego, el elemento subjetivo -; que no se utilizó correctamente las exigencias de la prueba indiciaria; que no se configuro el contexto factico normativo exigido por el tipo legal; que no se definió los alcances de la ejecución contractual en un proceso arbitral, lo que determinaría la no criminalidad de los hechos por colusión, así como también si todo termino por una transacción en un proceso arbitral no es posible la configuración del delito de colusión; que</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>no puede haber perjuicio si no se invalida la liquidación de la obra cuestionada; que debe determinarse lo que debe entenderse por la expresión “suficiente actividad probatoria”.</p> <p>SÉPTIMO. Que el encausado H, en su recurso de casación de fojas mil doscientos ochenta y tres, invocó el motivo de casación de vulneración de precepto material y el acceso excepcional al indicado recurso. Afirmando que la necesidad de fijar parámetros objetivos para la interpretación del delito de falsedad genérica y de la institución de la prescripción. Este recurso, empero, fue desestimado de plano.</p> <p>OCTAVO. Que, empero, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil ciento noventa y siete del cuadernillo de casación, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, y a la Ejecutoria aclaratoria de fojas mil trescientos doce, de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, lo único que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:</p> <p>A. Se aceptó como motivos de casación los de quebramiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (artículo 429, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal).</p> <p>B. El examen casacional está circunscripto a dilucidar: (i) la punibilidad de los árbitros en un proceso de contratación para la ejecución de obra cuando han concertado con los funcionarios y la empresa privada; (ii) si la pluralidad de</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>agentes que intervienen en la ejecución del delito, para los casos de colusión y demás delitos de encuentro, donde se ven involucrados dos partes, constituye una circunstancia agravante para la determinación de la pena; (iii) la aplicación de medidas a la persona jurídica vinculada, por su actividad y organización, a un hecho punible (artículos 105 y 105-A del Código Penal); (iv) si el Tribunal de Apelaciones puede condenar al absuelto, pese a que el Ministerio Público en su alegato de clausura planteo su pretensión y no solicito la condena, sino la nulidad de la sentencia absolutoria de primera instancia, y su relación con el principio de jerarquía funcional (artículo ciento cincuenta y nueve, incisos tres y cuatro, de la Constitución); (v) si se puede apartar injustificadamente de la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema de Justicia que prohíbe la condena al absuelto y la posible vulneración del principio de igualdad; y, (vi) si respecto del dolo, es necesario establecer primero la tipicidad objetiva – con la consiguiente acreditación de los elementos del tipo (autor, conducta, imputación objetiva y resultado)-, y, luego, recién ingresar al análisis del tipo subjetivo (dolo).</p> <p>NOVENO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de las Ejecutorias anteriores – con la presentación</p>							
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>de alegatos ampliatorios por parte de la defensa de los imputados E y B, corriente a fojas mil doscientos cuarenta y cuatro y mil doscientos cincuenta, de tres de mayo de dos mil dieciocho del cuadernillo de casación -, se expidió el decreto de fojas mil doscientos cincuenta y dos, de ocho de mayo de dos mil dieciocho, que señalo fecha para la audiencia de casación el día dos de agosto último.</p> <p>DÉCIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de: (i) el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor ASS; (ii) el señor abogado defensor de E, doctor AE; (iii) el señor abogado defensor de D, doctor AD; (iv) el señor abogado defensor de B, doctor AB; (v) el señor abogado de A, doctor AA; y; (vi) el señor abogado defensor de G, doctor AG. Hizo uso de la palabra el encausado en cárcel E mediante videoconferencia.</p> <p>UNDÉCIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenida el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia Casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p style="text-align: center;">FUNDAMENTOS DE DERECHO</p> <p>1. INTRODUCCIÓN</p> <p>PRIMERO. Que, dentro del factum acusatorio, como hecho de carácter principal declarado probado, se tiene que se produjo un concierto ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes con la misma empresa I, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen” y en virtud de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse, según el caso, se celebró una transacción en sede arbitral que perjudicó los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que el Procurador Regional carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo.</p> <p>A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa I se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa I pago pasajes de avión a la ciudad de</p>							
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>Lima a los encausados E y F para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa.</p> <p>SEGUNDO. Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público – las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatoria (SALINAS SICCHA, RAMIRO: <i>Delitos contra la Administración Publica, Editorial Grijley</i>, Lima, 2016, p. 324) -.</p> <p>Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes.</p> <p>Conforme se indicó en el Informe Especial, elaborado por la Contraloría General de la Republica – debidamente explicado en el acto oral -, se estableció que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>(conforme: Sección XIV, folios ciento dos a ciento seis de la sentencia de primera instancia).</p> <p>Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.</p> <p>2. DE LA POSICION JURIDICA DEL ENCAUSADO A</p> <p>TERCERO. Que el encausado A era el Gerente General de la empresa I, y, como tal, intervino en la audiencia de conciliación de trece de julio de dos mil once – al igual que el gerente técnico de la misma, MVR -. Además, participo en la sesión del Consejo Regional de Tumbes el diez de febrero de dos mil once en la que expuso sobre las controversias de su empresa con el gobierno regional de Tumbes; y, presento demandas, ampliaciones y liquidaciones requiriendo pagos al gobierno regional de Tumbes.</p> <p>La sentencia de primera instancia absolvió a A porque entendió que, en esa audiencia, ante el comentario de MVR sobre sus dudas respecto de la representatividad de K por el gobierno regional de Tumbes, le pidió que lo hiciera saber a los asistentes, lo que en efecto se hizo. Hecho que, a su juicio, pone en duda la efectiva colusión con B, E y F. Además, sostuvo que la ganancia era para el dueño de la empresa B y no para él, quien era un empleado de la misma (véase numeral 6, punto 2,</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>punto 4, folios ciento cuarenta y ocho a ciento cuarenta y nueve).</p> <p>La sentencia de segunda instancia, en cambio, condeno a (A) porque pese a conocer el vicio de representatividad de K decidió continuar con la diligencia; que los acuerdos arribados en esa audiencia, por su complejidad, fueron previos a la propia diligencia; que dicho encausado no solo participo como Gerente General de I, sino que por su importancia económica los consulto previamente con el accionista mayoritario B; que, además, al día siguiente solicito la ejecución del acuerdo y pidió la devolución de la carta fianza, pese a que sabía que debía esperar que el gobierno regional presente la resolución autoritativa del acuerdo de transacción: que el citado encausado constantemente presentaba requerimientos mediante cartas, interpuso demanda e incluso formulo una denuncia (véase numeral 61, punto 5, folios noventa y ocho a cien).</p> <p>CUARTO. Que, en este caso, se cuestiona si era posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia, habida cuenta de la existencia de una sentencia de casación que concluyo que tal potestad del Tribunal Superior no era posible. El imputado, además, señalo que el señor Fiscal Superior en sede de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule la absolución.</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>1. Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente, lo dispuesto en el artículo 425, apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice: “La sentencia de segunda instancia (...) puede: b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional – véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2 -,</p> <p>2. Cabe enfatizar, mas allá de que una sentencia de casación señale la inviabilidad de condenar al absuelto, que finalmente la Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema – órgano jurisdiccional competente funcionalmente cuando se trata de consultas en materia de inaplicación de normas con rango de ley (artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por tribunales inferiores, en su sentencia de veintidós de octubre de dos mil quince, afirmó la constitucionalidad de esta opción y, por</p>							
--	--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>consiguiente, desaprobó una consulta en sentido contrario elevada por la Corte Superior de Justicia de Junín (Consulta número 15852-2014/Junín).</p> <p>3. Nuestro recurso de apelación es típicamente ordinario – se puede plantear bajo causas de pedir y petitum de hecho (impugnar el juicio de culpabilidad o de inocencia) y de derecho (correcta interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídicos) -; y, además, es igual, en cuanto a sus alcances, tanto así tiene contenido acusatorio como defensivo. No existen diferencias entre los recursos del fiscal, del actor civil o del imputado – se asume como fundamental el principio de igualdad de arma -; los motivos o causales para apelar son los mismos, no hay restricciones específicas para alguna de las partes.</p> <p>4. Si bien el Código Procesal Penal opta por un sistema de <i>revisio prioris instantiac</i> – no por el <i>novum iudicium</i> -, (i) autoriza la actuación de pruebas no actuadas en primera instancia, bajo determinados límites (artículo 422, apartado 5, del Código Procesal Penal); y, (iii) introduce un límite radical respecto de la valoración de la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia – salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia – (artículo 425, apartado 2, del código Procesal Penal).</p>							
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>5. En esta perspectiva la audiencia de apelación – en la que se observaran, en cuanto sean aplicables, las normas relativa al juicio de primera instancia (artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal – requiere la presencia del acusado, sea recurrente o recurrido si la impugnación procede del Fiscal. Si el imputado es parte recurrida su inasistencia, si bien no impide el desarrollo de la audiencia, determinara se le declare reo contumaz y se disponga su conducción coactiva (artículo 423, numerales 2 y 4, del Código Procesal Penal). Es claro, en esta última posibilidad, que la sentencia de vista no puede comprender al acusado contumaz inasistente si fuera del caso revocar un fallo de primera instancia absolutorio (veas el artículo 79, numeral 5, del Código Procesal Penal), pues se requiere escucharlo para conformar el juicio de hecho.</p> <p>QUINTO. Que, cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso – de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principios de inmediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos -, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>adversas-, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/2014, de veintitrés de junio).</p> <p>En estos casos, como proclamo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta preciso que el Tribunal de Apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por el en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (STEDH Hermi c. Italia, de 18 de octubre de dos mil seis, párrafo sesenta y cuatro). Incluso tal “nueva audiencia” es necesaria cuando la inferencia del Tribunal de Apelación ha tenido relación con elementos subjetivos (STEDH Cadena Calero c. España, de veintidós de noviembre de dos mil once, párrafo cuarenta y seis).</p> <p>La inmediación es, pues, relevante porque permite al órgano jurisdiccional sentenciador perciba, en cuanto a las pruebas personales se trata, por sí mismo y sin ningún tipo de traba, los testimonios de las personas que han de deponer en su presencia, para que de este modo pueda, sin ningún tipo de interferencias,</p>							
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>participar y adquirir finalmente, considerando que los testimonios son fiables o no, el conocimiento necesario sobre el modo y circunstancias en las que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento, y ello con el fin último de fallar la causa de la forma más ajustada a la realidad (SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO: La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 31/32).</p> <p>SEXTO. Que, fijada la doctrina sobre la materia, en el presente caso se tiene:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En la audiencia de apelación – en sus treinta y ocho sesiones, del veinte de abril al veintiuno de agosto de dos mil diecisiete – solo declararon parte de los encausados y se oralizo prueba documental. El imputado recurrido A – quien estuvo presente en la audiencia – no declaro respecto de los motivos de la apelación de Ministerio Publico, solo se dio lectura a su declaración en sede de primera instancia (sesión de dieciocho de julio de dos mil diecisiete), e hizo de su derecho a la última palabra (sesión de tres de agosto de dos mil diecisiete). 2. La sentencia de vista impugnada, que altero la apreciación del cuadro de hechos e infirió un juicio de culpabilidad, se sustentó no solo en la prueba documental que cito (cartas, demanda civil, denuncia penal) sino también prueba persona (testifical) respecto a si advirtió la falta de 							
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>representatividad de K – ese punto se destacó a propósito de la declaración en primera instancia de la gerente técnica de I, MVR, y a su intervención previa en las últimas fases del contrato cuestionado y en sus relaciones con su coimputado B.</p> <p>3. Siendo así, en el caso concreto, no era posible dictar condena sin recibir de nuevo las declaraciones de los árbitros, de K y de MVR, así como sin atender a lo expuesto por B en la audiencia de segunda instancia. Por consiguiente, al omitirse esas diligencias y pautas de valoración, la condena del absuelto vulnera los principios de inmediación y publicidad, que integran la garantía del debido proceso, y el principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal. La nulidad es, pues, inevitable, conforme al artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.</p> <p>4. Dada esta conclusión, no es del caso pronunciarse acerca de si, además, medio un problema de congruencia ante el pedido de la Fiscalía Superior y la decisión del Tribunal de Apelación – de anulación del fallo de primera instancia a condena del absuelto-.</p> <p>3. DE LA POSICIÓN JURIDICA DEL ENCAUSADO B</p>							
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>SÉPTIMO. Que la sentencia de vista impugnada declaro probado: (i) que el encausado B es el accionista mayoritario, con el noventa y cinco por ciento de las acciones, de la empresa I; (ii) que dicha empresa resulto favorecida con el laudo arbitral; (iii) que del número de teléfono celular novecientos setenta y ocho quinientos veinticinco cero treinta y cinco – perteneciente a la empresa y a cargo de la gerente técnica MVR – se efectuaron numerosas llamadas a integrantes del gobierno regional de Tumbes y un árbitro; (iv) que estaba pendiente de la controversia y conocía de los acuerdos previos, que favorecerían a I, así como que tenía poderes generales iguales a los que corresponden al gerente general; y, (v) que, de otro lado, la documentación con el gobierno regional y la intervención en el proceso arbitral correspondió al gerente general A.</p> <p>OCTAVO. Que, según se advierte del punto 6.2.2 de la sentencia de primera instancia (folio ciento treinta y dos de la sentencia) se está ante una anónima privada, del que el encausado B de Presidente del Directorio. Dicho encausado se abstuvo de declarar en primera y segunda instancia – solo se dio lectura a su declaración sumarial -, como consta de fojas cuatrocientos siete, de seis de octubre de dos mil dieciséis. En su autodefensa en sede de primera y segunda instancia expuso que no conoció a E que los contratos se cumplieron a</p>							
--	--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>cabalidad, incluso la empresa tiene certificado de conformidad de obra; que no firmó contrato con E; que la empresa no quiso dejar la obra, pero el gobierno regional de Tumbes puso trabas (fojas cuatrocientos treinta y tres y novecientos ochenta y seis).</p> <p>NOVENO. Que la sentencia de vista, como quedo indicado, razona, respecto del encausado recurrente B, que conocía los entretelones de las diferencias entre el gobierno regional de Tumbes y que, como accionista mayoritario, tenía conocimiento de todo lo acontecido, al punto que el acuerdo arribado con el gobierno regional favoreció a la empresa I. Es verdad, de otro lado, que toda la documentación e intervención material en el proceso arbitral correspondió al gerente general de la referida empresa, encausado A gerente general.</p> <p>Empero, es de tener en cuenta que, tratándose de directivos de una empresa, como lo era B al tener la condición de Presidente del Directorio – más allá que sea el propietario del noventa y cinco por ciento de las acciones de la misma -, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir de una lado, (i) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo –</p>							
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>que toma decisiones directivas – y el administrador o gerente – que asume la función de gestión -, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, (ii) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento – si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales – y de las características de la organización empresarial (conforme: GARCIA CAVERO, PERCY: <i>Derecho Penal Económico – Parte General</i>, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 713/729).</p> <p>DECIMO. Que estas exigencias típicas generales – objetivas y subjetivas – no han sido desarrolladas por el Tribunal Superior. Solo menciona que el imputado B sabia de lo sucedido y, por ello, es responsable penal a título de autor. La imputación objetiva y la imputación subjetiva, como quedo expuesto, requieren que se dilucide lo que se tiene expuesto en el fundamento jurídico noveno. La interpretación de la tipicidad general ha sido incorrecta, así como la tipo penal de colusión en este concreto ámbito de organización.</p> <p>Es evidente que para ser participe en la comisión de un delito contra la Administración Publica se requiere de una acción consciente dirigida – en el caso del delito de colusión – a la</p>							
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte – en este caso – del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos. Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión. Es patente, asimismo, que estas exigencias típicas requieren de la prueba necesaria, más allá de toda duda razonable.</p> <p>El motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).</p> <p>4. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ÁRBITROS, ENCAUSADOS D Y H</p> <p>UNDÉCIMO. Que la sentencia de segunda instancia, respecto de los árbitros, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, absolvió a los encausados D y H de la acusación fiscal formulada en su contra por complicidad primaria del delito de colusión agravada – este último fue condenado en primera instancia -. El G fue absuelto</p>							
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>en primera instancia y ese fallo no fue apelado; luego, su situación jurídica quedo firme.</p> <p>El Tribunal Superior considero que la conducta de los árbitros es atípica, desde el tipo penal de colusión, porque, en atención a su ámbito de actuación, a lo mucho podrían ser sancionados en el ámbito administrativo, de conformidad con la legislación de contrataciones públicas. Que su intervención, en el caso concreto, se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio propuesto por las partes, conforme a la ley de arbitraje – en ese proceso, como es obvio no se había definido la controversia -. Que no sabían del acuerdo colusorio entre el gobierno regional de Tumbes y la empresa I. Que tampoco se probó que ellos notificaron la resolución respectiva, aun cuando se falsifico la firma de la Secretaria Arbitral.</p> <p>DUODÉCIMO. Que solo el caso concreto, tal como tuvo lugar, permite determinar si un suceso histórico es penalmente típico. La complicidad es una forma de participación y quien la realiza tiene, respecto del autor, un papel secundario en la realización del delito. El partcipe efectúa contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito, la esencialidad del aporte permite diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria.</p>							
--	--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>DECIMOTERCERO. Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública – se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional -. Luego, el extraneus no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que esta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del gobierno regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente – el suceso histórico global así lo determina -. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva – si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la Administración Pública -. Competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales.</p> <p>En ambos análisis de la imputación penal el Tribunal Superior obvia lo que se requiere en materia de imputación objetiva e imputación subjetiva, y se desconoce los alcances de la complicidad. No es de recibo realizar un examen aislado de la</p>							
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>intervención de los árbitros cuando la imputación se centra en una lógica de actuación concertada.</p> <p>Por consiguiente, el motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).</p> <p>5. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO F</p> <p>DECIMOCUARTO. Que las sentencias de instancia, en orden al delito de peculado por apropiación, declararon probado que el Procurador Público Regional F se le proporcionó, por concepto de viáticos, la suma de mil novecientos veintiún soles, para asistir a la audiencia de conciliación en el proceso arbitral ya mencionado. De ese monto, el indicado encausado declaró que pagó la suma de ochocientos setenta y un soles por la adquisición del pasaje aéreo Tumbes – Lima – Tumbes, pese a que dicho pasaje fue financiado por la empresa I; por tanto, se apropió de esa suma de dinero.</p> <p>El Tribunal Superior estimo que los viáticos no entran en la órbita de los bienes que sean caudales o efectos, por lo que no se configura ese deber de garante de parte del funcionario</p>							
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>público que, por apropiación o por utilización cometa el tipo penal.</p> <p>DECIMOQUINTO. Que, según se declaró en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 2938-2013/Lima, de veintiocho de abril de dos mil quince, desde el Derecho Presupuestal, los viáticos administrativos o en comisión de servicios se entregan a un servidor público para el cumplimiento de una específica actividad funcional y comprende gastos por alimentación, hospedaje y movilidad – esta es su finalidad, no otra – La normatividad pertinente fija unos montos-topes y, por lo demás, exige la dación en cuenta – debidamente justificada con la documentación pertinente, sujeta incluso a requisitos previos, condiciones y aun control posterior – para que las sumas no utilizadas reviertan al tesoro público.</p> <p>En tal virtud, no se trata de una asignación laboral permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor – la denominación de “viáticos” no puede llamar a error o confusión – sino de un dinero público con una finalidad de gestión o administración específica y reglada para cumplir instrumentalmente concretas actividades encomendadas en orden a la consecución de objetos institucionales. Administrar, en estas condiciones, significa la facultad de disponer de los bienes público para aplicarlos a las finalidades legalmente</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>determinadas; el funcionario deber tener dominio sobre el dinero debido a sus funciones.</p> <p>En consecuencia, al erigirse en un caudal público (definido como bienes de contenido económicos – es decir, bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio, incluido el dinero, conforme al Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116) – con un destino determinado sujeto a controles posteriores – por lo demás, todo caudal o dinero público, por la propia naturaleza de la función pública, está sujeta a supervisión y control por los órganos del sistema de control nacional – la apropiación de sumas no gastadas, más aun cuando se engaña a la Administración al momento de rendir cuentas – se afirma falsamente un gasto que en verdad no se realizó – constituye una conducta idónea para configurar el tipo delictivo de peculado por apropiación.</p> <p>DECIMOSEXTO. Que, en consecuencia, la interpretación del tipo penal de peculado por apropiación en relación a viáticos, parte de los cuales se apodero el imputado F, fue incorrecta y, en consecuencia, determino una absolución infundada. Se afirmó la atipicidad de una conducta que, objetivamente, es típica.</p> <p>El recurso acusatorio del Fiscal debe estimarse y así se declara. El Tribunal Superior debe expedir nuevo fallo en este extremo</p>							
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>acatando por completo la interpretación del tipo penal en cuestión.</p> <p>6. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO C</p> <p>DECIMOSÉPTIMO. Que el recurso de apelación del Ministerio Público respecto del encausado C, Gerente Regional de Infraestructura, se limitó a alegar un error facti en la apreciación de la prueba. En efecto, había emitido un pronunciamiento oficial, en el sentido que la empresa I tenía un saldo a pagar a favor del gobierno regional por más de trece millones y medio de soles, pese a lo cual termino aprobando el acuerdo conciliatorio que determino un pago de tres millones trescientos mil soles a favor de dicha empresa, al punto que tramito con inusitada celeridad el Informe Técnico numero – 2011 para que se lleve a cabo la conciliación, y negocio con H la celebración de la indicada audiencia, a la par que envió a K para que intervenga en la misma, pese a no tener poder para hacerlo.</p> <p>Al respecto, la sentencia de vista estimo que su intervención fue antes y después del acto colusorio, que el informe oficial fue elaborado por H, Sub Gerente de Obras, y la autorización a K fue para apoyar las labores del Procurador Regional F no para que firme la conciliación. Por ello, ratifico la absolución</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>desde que no se superó el estándar de más allá de toda razonable.</p> <p>DECIMOCTAVO. Que es de acotar que este punto no es materia del ámbito excepcional casatorio aceptado por este Tribunal Supremo. Por lo demás, se trata de un problema referido a la questio facti; no se denuncia una infracción de una regla o precepto sobre prueba (questio iuris). Tampoco se resalta un vicio referido a la inferencia probatoria sobre la base de una vulneración de una ley lógica, máxima de experiencia o conocimiento científico.</p> <p>El Tribunal Superior invoco un déficit acerca del estándar de prueba para condenar (mas allá de toda duda razonable) y, desde esa perspectiva, no consta parámetro objetivo que permita sostener que la citada conclusión es irrazonable o arbitraria.</p> <p>7. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ENCAUSADOS E, F, A, B, D Y G</p> <p>DECIMONOVENO. Que la sentencia de vista confirmo la sentencia de primera instancia en cuanto (i) absolvió a E y F de la acusación fiscal por delito de cohecho pasivo propio; (ii) absolvió a B y A de la acusación fiscal por delito de cohecho activo genérico; y, (iii) absolvió a D y G de la acusación fiscal</p>							
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

		<p>por delito de falsedad genérica. Rechazo el recurso acusatorio del Ministerio Público.</p> <p>VIGÉSIMO. Que la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas mil ciento noventa y siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, estableció, primero, que la competencia casacional estaba vinculada al acceso excepcional establecido en el artículo 427, apartado 4, del Código Procesal Penal, por lo que tiene un carácter discrecional y únicamente circunscripto a lo que específicamente se acepta.</p> <p>Solo se aceptó el motivo de casación de infracción de precepto material en cinco puntos precisos. La responsabilidad penal de los árbitros – respecto del delito de colusión agravada – la institución de la condena del absuelto – de relevancia constitucional y procesal – la pluralidad de los agentes como agravante del delito de colusión, la vinculación de la persona jurídica en un hecho punible, y los supuestos de dolo en el delito de colusión agravada.</p> <p>No ingresa en el ámbito del examen casacional los extremos fijados en el fundamento jurídico precedente. Por ende, no cabe pronunciamiento alguno.</p> <p>8. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA</p>							
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>VIGESIMOPRIMERO. Que la sentencia de vista impugnada, respecto de la empresa I, preciso que si bien es una persona jurídica que existe desde el año dos mil y llevo a cabo más de ciento cincuenta proyectos – muchos de ellos, de agua y alcantarillado – ello pone en duda que sea una empresa instituida con una finalidad real encubierta relacionada con la comisión de delitos de colusión agravada u otros. Anoto, además, que no se encuentra acreditado que fue utilizada para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas, pues tenía en ejecución varias obras, gran capacidad de contratación y funcionaba desde tiempo atrás. Por todo ello, la absolvió de los cargos.</p> <p>VIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 105 del Código Penal establece la aplicación de una medida contra una persona jurídica, en el curso de un proceso penal y por la comisión de un hecho punible, cuando (i) el delito se comete en ejercicio de su actividad o utilizando su organización; y, (ii) con el objetivo de favorecer o encubrir el delito en cuestión – que es el criterio de imputación fundamental -.</p> <p>VIGESIMOTERCERO. Que, en primer lugar, la persona jurídica, con independencia de su historia social o antecedentes en actividades comerciales o de otra índole, por defectos de organización, se le utiliza para cometer delitos o encubrirlos, por lo que no es de recibo detallar como causal de exclusión de</p>							
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>responsabilidad que tenía en curso varios negocios lícitos y tenía una larga data en la actividad mercantil – solo es viable esto último para evitar la medida más grave: la disolución de la persona jurídica, radicada en personas jurídicas constituidas y que operan habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas -. En segundo lugar, debe existir una relación entre el injusto típico perpetrado y la actividad o la organización de la persona jurídica, y además que el objetivo de la intervención de esta última sea para favorecer o encubrir el hecho punible. En tercer lugar, en el caso correcto, es obvio que el contrato lo celebros dicha persona jurídica y al amparo de su actividad mercantil es que se perpetró el delito de colusión agravada, con la intervención de gerentes vinculados a su administración y gestión – sin perjuicio de establecer la intervención de directivos de la misma – (la empresa I fue instrumental al delito y, formalmente, a ella fue destinada los beneficios económicos ilícitos resultantes del delito).</p> <p>En conclusión, se interpretó incorrectamente el artículo 105 del Código Penal; y, con ello, se le inaplicó, determinando una absolución infundada. El Tribunal Superior debe dictar nuevo fallo al respecto y tener en cuenta, además, los criterios de fundamentación y medición del artículo 105-A del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 7-2009/CJ-116.</p>							
--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>9. DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE AGENTES Y DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA</p> <p>VIGESIMOCUARTO. Que el delito de colusión agravada – como el delito de colusión simple – tiene como sujeto activo – o autor – al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas – aquel que intervenga de manera relevante en el proceso de contratación o de liquidación -. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios – coautores -.</p> <p>De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales – la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionario que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de participes, manteniéndose el mismo título de imputación-.</p> <p>VIGESIMOQUINTO. Que, a los efectos de la individualización de la pena, el artículo 46, literal i) del Código Penal estipulo, como circunstancia agravante: “La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito” – en tanto</p>							
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>que ello indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos (HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: <i>Manual de Derecho Penal Parte General</i>, Tomo II, 4ta. Edición, IDEMSA, Lima, 2011, p. 333) -, que a su vez puede implicar que se determine la pena concreta dentro del tercio intermedio o del tercio superior de la pena abstracta, según el caso. El vocablo “agentes” comprende tanto autores, como investigadores y cómplices primarios – no así de los secundarios (Obra Citada, Ídem).</p> <p>VIGESIMOSEXTO. Que aun cuando se califique al delito de colusión como uno de encuentro, que presupone la intervención de un tercero interesado, si en la ejecución del indicado delito intervienen varios agentes en una u otra posición – siempre más de dos -, es indudable que es de aplicación la circunstancia agravante genéricas antes citada. La concreta ejecución del delito marca, desde la individualización de la pena, si se está ante más de dos agentes: más de un funcionario autor y/o más de un tercero interesado cómplice.</p> <p>El Tribunal Superior al considerar que el vocablo “concertar” determina en sí mismo la participación de dos partes: intraneus y extraneus, siempre hay pluralidad de agentes y, por ende, que no se aplica el indicado precepto del Código Penal, interpreto erróneamente esta circunstancia agravante genérica y las</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>características del tipo penal de colusión. No se trata que se intervengan dos partes – o posiciones en el proceso de contratación pública -, sino del número de personas que lo hagan.</p> <p>En tal virtud, debe ampararse el recurso acusatorio y dictarse un fallo, amén de rescindente, rescisorio respecto de las penas impuestas – respecto de la situación jurídica de E, F y K -. Como se tiene una concurrencia de circunstancia de agravación y otra de atenuación (ausencia de antecedentes) la pena se determina dentro del tercio intermedio; y, en función al contenido de injusto y culpabilidad por el hecho. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal de Primera Instancia, el que debe confirmarse.</p> <p>10. DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE CASACIÓN</p> <p>VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que el artículo 504 del Código Procesal Penal las costas del recurso son pagadas por quien pierde el recurso que interpuso – es decir, están a cargo del vencido, según el artículo 497, apartado 3, del citado Código - ; y, las costas se impondrán en caso gane el recurrente al recurrido si se opuso a la pretensión impugnatoria. Empero, el ultimo precepto invocado autoriza a eximir las costas cuando existan razones serias y fundadas para litigar.</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>En el presente caso, los problemas presentados fueron complejos y demandaban una participación procesal intensa con argumentos jurídicos problemáticos. Siendo así, es razonable eximir de las costas a los vencidos.</p> <p style="text-align: center;">DECISIÓN</p> <p>Por estas razones: I. Declararon FUNDADOS parcialmente los recursos de casación, por las causales de quebramiento de precepto procesal e infracción de precepto material, interpuestos en lo pertinente por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A Y B contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete. II. CASARON parcialmente la sentencia de vista; y, en consecuencia: 1. ORDENARON que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación, cumpliendo cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, respecto de (i) la revocatoria de la absolución del encausado A por delito de colusión agravada y su respectiva confirma; (ii) la confirmatoria de la condena al encausado B por delito de colusión agravada; (iii) la confirmatoria de la absolución a D y H por delito de colusión agravada; (iv) la revocatoria de la condena al encausado F y su absolución respectiva por el delito de peculado por apropiación; y, (v) la revocatoria de la imposición de medidas</p>							
--	--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			<p>a la empresa I y su absolución respectiva respecto del delito de colusión agravada. 2. Actuando como instancia, CONFIRMARON la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, en la parte que condenando a E, F y K por delito de colusión agravada en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad para el primero y diez años de la misma pena a los restantes; con los demás que al respecto contiene.</p> <p>III. DISPUSIERON se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, remitiéndose además copia certificadas de los actuados pertinentes al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la iniciación de la ejecución procesal de la condena y reparación civil a quienes resulten necesarios y su situación jurídica quedo firme. IV. MANDARON se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder judicial. Intervino el señor Juez Supremo RBR, por licencia de la señora Juez Suprema EBA. HÁGASE saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.</p> <p>S. s. S.M.C P.T S.V C.M B.R</p>							
--	--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

			CSM/amon								
--	--	--	----------	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° **1397-2017/NACIONAL**, del Distrito Judicial de Lima - Lima. 2020.

Nota. La búsqueda e identificación de los Criterios de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema.

LECTURA. El cuadro 2, aborda la calificación de las dimensiones de “Interpretación normativa”, “Integración normativa” y “Argumentación jurídica” en la Sentencia de la Corte Suprema, la que se divide en sus respectivas dimensiones, que a continuación se expone:

En la dimensión de Interpretación normativa, resalta la subdimensión de “Sujetos”, obteniendo un puntaje de “5”, en el entendido que los jueces supremos hicieron una interpretación, auténtica, doctrinal y judicial, así en lo demás no se hizo uso de las otras modalidades de interpretación.

En la dimensión de Integración normativa, no se obtuvo calificativo, por cuanto en el caso no exista laguna jurídica, que permita integrar la norma para resolver el problema.

En lo referente a la dimensión de Argumentación jurídica, esta se encuentra dividida en tres subdimensiones: La subdimensión “Ámbitos de la argumentación jurídica se obtuvo una calificación de “10”, por cuanto la sentencia presenta razones de interpretación de los enunciados normativos y además razones sobre las cuestiones de inferencia (a nivel de casación); en cuanto a la subdimensión de “Vicios en la argumentación jurídica”, se tiene un resultado de “2.5”, por cuanto las razones expuestas para resolver el problema son defectuosas (las razones son inadecuadas o no correctas), ambiguas (falacias) y no garantizadas (la razón no es frecuentemente aceptada); y finalmente en la subdimensión del uso de las “Teorías de la argumentación jurídica” se otorgó un calificativo de “5”, está tiene relación con la anterior subdimensión, vale decir que hay una secuencia argumentativa que no es del todo adecuada, pues no guarda una secuencia y deja vacíos argumentativos respecto a situaciones de derecho (errores procesales y pasividad ante situación de vulneración de derechos fundamentales).

Consolidado de la sentencia de la Corte Suprema

Cuadro 3: Validez normativa y Técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, emitida en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL, del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Subdimensiones de la variable	Calificación de las subdimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables													
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Por remisión	Inadecuada	Adecuada								
			[0,5]	[1,5]	[2,5]		[0]	[1 - 15]	[16 - 25]	[0]	[1 - 37.5]	[38 -75]								
Validez normativa	VALIDEZ	Validez formal	1	1		6.5	[10 -15]	Siempre												
		Validez material	3		2		[1 -9]	A veces												
							[0]	Nunca												
	VERIFICACION DE LA NORMA	Control difuso	4	2	3	10.5	[7 -10]	Siempre							17					
							[1 -6]	A veces												
							[0]	Nunca												
Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN		[0]	[2,5]	[5]	5	[11 -20]	Adecuada												
		Sujetos			1													22.5		

		Resultados	1												
							[1 -10]	Inadecuada							
		Medios	2				[0]	Por remisión							
	INTEGRACIÓN	Auto integración	2			0	[11 -20]	Adecuada							
							[1 -10]	Inadecuada							
		Hetero integración	1					[0]	Por remisión						
	ARGUMENTACIÓN	Ámbitos de la argumentación jurídica			2	17.5	[18 -35]	Adecuada							
		Vicios en la argumentación		1				[1 -17.5]	Inadecuada						
		El discurso jurídico y la propuesta de Atienza		2				[0]	Por remisión						

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 1397-2017/NACIONAL , del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020.

Nota. La búsqueda e identificación de los criterios de ambas variables en estudio, en la sentencia de la Corte Suprema.

LECTURA. El cuadro 3, revela en síntesis el examen de las variables de Validez normativa y las Técnicas de interpretación, así tenemos:

En cuanto a la primera variable en estudio Validez normativa, siempre se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema.

En lo referente a la variable de Técnicas de interpretación, se aprecia que esta ha sido inadecuada, pese a que refleja que se hizo una debida interpretación del enunciado normativo procesal y jurisprudencia donde se obtuvo el calificativo de “5”, y un calificativo de “10” en la subdimensión de argumentación jurídica (planteamiento del problema fáctico y jurídico); pero resulta que existen vicios en la argumentación e inadecuado uso de las teorías de la argumentación jurídica.

4. 2. Análisis de resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la Validez normativa siempre se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema, emitida en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL, del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020.

En cuanto a la variable Técnicas de interpretación su aplicación fue inadecuada, de acuerdo con los indicadores aplicados en el presente estudio.

Con relación a la variable : validez normativa. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos.

Validez formal :

1. Los razonamientos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma (Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional ; es decir verificando o comprobando la vigencia de la norma seleccionada que no haya sido derogada o abrogada -Temporalidad de la norma jurídica)

Si cumple en parte, por cuanto en el cuarto fundamento señala :

“Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente lo dispuesto en el artículo 425 , apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice : *“La sentencia de segunda instancia (...) puede :b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar... ”.*

Como se puede observar se hizo una invocación a una norma de carácter procesal penal vigente, como es el nuevo Código Procesal Penal.

2. Los razonamientos evidenciaron la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa (con el fin de distinguir el rango de la ley en la norma).

No cumple, debido a que en la presente investigación no hubo conflicto de normas.

Validez material

1. Los razonamientos evidenciaron la selección de normas legales , teniendo en cuenta la validez material de la norma (es decir , verificando la constitucionalidad y la legalidad de las normas seleccionadas (Especialidad de la norma jurídica).

Si cumple, toda vez que los razonamientos expuestos en la sentencia objeto de estudio, se advierte con relación a las causales invocadas contenidas en el artículo 429 incisos 1, 3, 4 y 5, por parte del acusado A que planteó los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial, referente a que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema lo condenó, así como porque el Fiscal superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule dicho extremo.

En este caso, se advierte que la Corte Suprema efectuó la constatación de la constitucionalidad y de la legalidad del artículo 429 incisos 1,3,4 y 5 del Código Procesal Penal que intrínsecamente contiene el derecho a la motivación como parte integrante del debido proceso, derecho reconocido en la Constitución Política del Estado.

2. Los razonamientos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales como legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. (Es decir, tomando en cuenta las pretensiones y sus alegaciones fácticas como jurídicas de los impugnantes y de la representante del Ministerio Público).

Si cumple, se evidenció en la muestra, que se tomó en cuenta la alegación fáctica y jurídica de los impugnantes, de conformidad con lo expuesto en el quinto fundamento de la sentencia casatoria :

“Que el encausado A en su recurso de casación de fojas mil cientos treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de : inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1,3,4 y 5, del Código Procesal Penal).

Enfatizó en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condenó, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral – no desde el contexto contractual- administrativo-, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto fáctico normativo en orden a una contratación pública”.

Verificación de la norma.

1. Se determinó las causales del recurso de casación (Teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 429 del CPP : **A inciso 1** Si la sentencia ha sido expedida con inobservancia a algunas garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. **B inciso 2.** Si la sentencia incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad. **C inciso 3.** Si la sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal. **D inciso 4.** Si la sentencia ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. **E inciso 5.** Si la sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, o en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Si cumple, de la muestra materia de análisis, se puede advertir que se aceptó como motivos de casación los de quebrantamiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (Art.429 , incisos 2 y 3 del CPP).

2. Se determinó el cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación (Conforme a los Arts. 427 y 430 del CPP).

Si cumple, se evidencia de la sentencia casatoria que se efectuó una mínima valoración de los requisitos exigidos para interponer el recurso de casación, contenidos en los Arts. 427 y 430 del CPP.

3. Las normas seleccionadas evidenciaron el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de proporcionalidad (Teniendo en cuenta que dicho criterio busca analizar la relación medio-medio ; es decir que la decisión que adoptaron los magistrados debió argumentar cómo es que dicho medio “límite del objetivo propuesto por el legislador “ fue compatible o no con la Constitución (objetivo constitucionalmente legítimo) .

Si cumple en parte, por cuanto se advierte de la sentencia casatoria que la discusión de fondo es la inobservancia de algunas garantías constitucionales como el derecho al debido proceso , e inobservancia de normas procesales de carácter procesal que se encuentran desarrolladas en dicha sentencia, aunque sin mención expresa del sub criterio de idoneidad, al señalar en el fundamento cuarto, lo siguiente :

“CUARTO. Que, en este caso, se cuestiona si era posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia, habida cuenta de la existencia de una sentencia de casación que concluyo que tal potestad del Tribunal Superior no era posible. El imputado, además, señalo que el señor Fiscal Superior en sede de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule la absolución.

Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente, lo dispuesto en el artículo 425, apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice: “La sentencia de segunda instancia (...) puede: b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa”.

4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de proporcionalidad. (Teniendo en cuenta que dicho criterio busca analizar la relación medio-fin; es decir , que el objetivo que propone el legislador (a través de las leyes) que es compatible con la Constitución (que respeta los derechos fundamentales) tiene racionalidad instrumental del límite (determinación de la norma y/o leyes alcance el objetivo fijado) ; en tal sentido, la argumentación de los magistrados giró en torno a lo señalado.

Si cumple en parte , por cuanto en la sentencia objeto de estudio, si bien no se expone, ni se desarrolla este sub principio, sin embargo se determina en el quinto fundamento, que :

“Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso – de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principios de inmediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos -, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas-, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/2014, de veintitrés de junio)”.

5. Las normas seleccionadas evidenciaron el sub criterio de Proporcionalidad en sentido estricto del Test de Proporcionalidad (Teniendo en cuenta que dicho sub criterio buscará que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación : el de la realización del fin de la medida examinada, y el de la afectación del derecho fundamental ; es decir , los magistrados debieron ponderar si todas las medidas fijadas por el legislador para alcanzar el objetivo que fue fijado (objetivo compatible con la Constitución , tiene racionalidad instrumental -vínculo entre medios y fines), entre todas las

medidas idóneas examinadas, la medida que se eligió fue la que menos vulneró o sacrificó el derecho fundamental).

Si cumple en parte, toda vez que si bien en la sentencia casatoria no se manifiesta en forma explícita el sub criterio de proporcionalidad, empero en cuanto a ponderar un derecho fundamental como el debido proceso, ha sido desarrollada dentro del fundamento sexto, numeral 3, cuando señala que :

“Siendo así, en el caso concreto, no era posible dictar condena sin recibir de nuevo las declaraciones de los árbitros, de K y de MVR, así como sin atender a lo expuesto por B en la audiencia de segunda instancia. Por consiguiente, al omitirse esas diligencias y pautas de valoración, la condena del absuelto vulneró los principios de inmediación y publicidad, que integran la garantía del debido proceso, y el principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal. La nulidad es, pues, inevitable, conforme al artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.

- *Dada esta conclusión, no es del caso pronunciarse acerca de si, además, medio un problema de congruencia ante el pedido de la Fiscalía Superior y la decisión del Tribunal de Apelación – de anulación del fallo de primera instancia a condena del absuelto”.*

Respecto a la variable : técnicas de interpretación. Revela que la variable en estudio fue empleada **inadecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse y ventilarse tan solo el quebramiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (artículo 429, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal). Los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación, lo que se dio en el presente caso; abordándose la calificación de las dimensiones de “Interpretación normativa”, “Integración normativa” y “Argumentación jurídica” en la Sentencia de la Corte Suprema, la que se divide en sus respectivas dimensiones, que a continuación se expone:

Interpretación normativa :

En la dimensión de Interpretación normativa, resalta la subdimensión de “Sujetos”, obteniendo un puntaje de “5”, en el entendido que los jueces supremos hicieron una interpretación, autentica, doctrinal y judicial, así en lo demás no se hizo uso de las otras modalidades de interpretación.

Integración normativa :

En la dimensión de Integración normativa, no se obtuvo calificativo, por cuanto en el caso no exista laguna jurídica, que permita integrar la norma para resolver el problema.

Argumentación jurídica :

En lo referente a la dimensión de Argumentación jurídica, esta se encuentra dividida en tres subdimensiones:

La subdimensión “**Ámbitos de la argumentación jurídica**” se obtuvo una calificación de “10”, por cuanto la sentencia presenta razones de interpretación de los enunciados normativos y además razones sobre las cuestiones de inferencia (a nivel de casación);

en cuanto a la subdimensión de “**Vicios en la argumentación jurídica**”, se tiene un resultado de “2.5”, por cuanto no se presentaron razones para resolver el problema de (las razones son inadecuadas o no correctas), ambiguas (falacias) y no garantizadas (la razón no es frecuentemente aceptada);

Finalmente en la subdimensión del uso de las “**Teorías de la argumentación jurídica**” se otorgó un calificativo de “5”, por cuanto se evidencia que tiene una secuencia argumentativa que no deja vacío argumentativo alguno respecto a situaciones de derecho (errores procesales y pasividad ante situación de vulneración de derechos fundamentales).

5. 1. Conclusiones

De acuerdo con los criterios de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, la forma en que son aplicadas la validez normativa y las técnicas de interpretación en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, emitida en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL, del Distrito Judicial de Lima -Lima. 2020, se demostró que la Validez normativa siempre se presenta, sin embargo, las técnicas de interpretación empleada fueron inadecuadas (Cuadro Consolidado N° 3).

Sobre la validez normativa:

1. Con relación a su dimensión “validez”, se derivó de sus sub dimensiones : “validez formal” y “validez material”, en cuanto a la primera, se cumple en parte con la selección de normas constitucionales y no hubo necesidad de excluir norma alguna, toda vez que no existió incongruencia de normas; con respecto a la validez material ésta si se evidenció en los fundamentos de la sentencia casatoria analizada.

2. En cuanto a su dimensión “verificación de la norma” se derivó de la sub dimensión “control difuso” : se evidenció que los magistrados no emplearon el Test de Proporcionalidad en forma explícita.

Sobre a las técnicas de interpretación:

1. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “interpretación normativa” se derivó de las subdimensiones: “sujeto a”, “resultados” y “medios”, en este extremo los magistrados utilizaron la primera subdimensión, en los contenidos de auténtica impropia, doctrinal y judicial. Pues, se realizó una interpretación de acuerdo como se encuentra explicitada en el Código procesal penal (artículo 429° literales 4 y 5), aunado está la jurisprudencia, esto en lo referente al criterio jurisprudencial e interpretación definida (Casación N° 01 -2007 y Acuerdo Plenario N° 2 -2005/CJ -116). Lo que es acorde a una interpretación normativa para el caso de la sentencia.

2. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “integración” se derivó de las subdimensiones: “auto de integración” y “hetero integración”, siendo que en el caso en estudio no se presentó un vacío o deficiencia en la ley para que se aplique la integración del derecho. Entonces, en este ítem tampoco se ha realizado una calificación.

3. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “argumentación” se derivó de las subdimensiones: “ámbitos de la argumentación jurídica”, “vicios de la argumentación jurídica” y “teorías de la argumentación jurídica”; en el primero los magistrados si contextualizaron el problema, tomando como referencia el elemento fáctico y jurídico con el objeto de resolver el problema planteado por los impugnante. En la segunda subdimensión, los magistrados no incurrieron en vicios, guardando una secuencia lógica de los argumentos. Finalmente, en relación con la última subdimensión debemos señalar que los magistrados utilizan un método para argumentar la sentencia, pues siguen un modelo estándar de estructurar la sentencia, que en nuestra literatura es considerada tradicional, como las conocidas parte introductoria o expositiva, considerativa y fallo o decisión, así en la parte considerativa su redacción es lógica, descubriendo el argumento y las razones que justifica ella, y finalmente podemos señalar que la existio una debida argumentación, de acuerdo con los postulados de Robert Alexy y Manuel Atienza, quienes a través de sus teorías han establecido un estándar del método de argumentación jurídica que permitiese una sentencia acorde al caso y fácil entendimiento por los justiciables y la ciudadanía en general.

5. 2. Recomendaciones

Sobre la validez normativa:

1. En el caso, los magistrados al comprobar la validez formal de la Constitución , deben expresar textualmente y desarrollarla con más amplitud, toda vez que dentro de los fundamentos de la sentencia casatoria en estudio, la validez normativa siempre está presente, en su gran mayoría se encuentra en forma implícita.

Sobre a las técnicas de interpretación:

2. En cuanto a la técnica de interpretación jurídica, no es posible hacer recomendación alguna, estando que en el caso no se presentó vacío o deficiencia en los enunciados normativos.

3. En cuanto a la técnica de la argumentación, se sugiere utilizar como método el diagrama de flechas propuesta por Manuel Atienza, estando que es la más recomendable y aceptable, y además será de fácil entendimiento para el justiciable y la ciudadanía, a un más será un modelo a seguir por las otras instancias de la administración de justicia, lo que permitirá un cambio de paradigma, donde las sentencias judiciales solo son entendidas por los operadores del derecho (profesionales en derecho), así también propiciará que en el nivel académico se tenga la idea de que debe consistir una sentencia, y con ello el cambio de la idea de que el contenido de una sentencia es de entendimiento de los juristas, cuando debe ser de fácil comprensión para el común de los ciudadanos.

4. Al venirse experimentando una evolución plena en el derecho procesal penal peruano, debemos considerar que cada magistrado al momento de analizar y resolver un caso debe realizar una correcta interpretación en lo que se relaciona a la Imputación Objetiva y Subjetiva.

5. Se debe señalar como tema de mucha importancia si en la actualidad resulta posible emitir una sentencia condenatoria, vía recurso de apelación, respecto de una persona absuelta en primera instancia, sin que esto afecte el principio constitucional de pluralidad de instancia o el derecho a impugnar.

6. se debe observar la Teoría de la Argumentación jurídica, para que cada decisión judicial tenga una correcta conclusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes primarias:

Constitución Política del Perú. 1993. 30 -12 -93

Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237. 31 -05 -04

Convención sobre los derechos del Niño. Resolución Legislativa N.° 25278. 22-11-90.

Código Penal. D. Leg. N°635. 08 -04 -91

Código Procesal Penal. D. Leg. N° 957. 29 -07 -04.

Código Procesal Civil. D. Leg. N° 768. 22 -04 -93

Código de los Niños y Adolescentes. Decreto Ley N° 26102 29-12-92

Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial D. S. N° 017 -93 -JUS. 02 -06 -93

STC. (20 de junio de 2002) Exp. N° 1230 -2002 -HC/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (05 de julio de 2004) Exp. N° 0090 -2004 -AA/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (11 de mayo de 2005) Exp. N° 01744 -2005 -AA/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (23 de septiembre de 2005) Exp. N° 04408 -2005 -PA/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (29 de octubre de 2005) Exp. N° 00045 -2004 -AI/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (22 de junio de 2007) Exp. N° 00007 -2006 -AI/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (13 de octubre de 2008) Exp. N° 0728 -2008 -HC/TC *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

Legislación extranjera:

Colombia: Código de procedimiento penal colombiano Ley 906. 31/08/04.

Argentina: Ley N° 23.984, de Decreto Nacional 1162/2000. 09/09/91.

España: Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882

Fuentes secundarias:

(s.f.).

Abad Yupanqui, S. B. (04 de 03 de 2010). *www.unifr.ch*. Recuperado el 25 de 01 de 2018, de [www.unifr.ch: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100304_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100304_01.pdf)

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho - Teoría de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: TROTТА.

Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: MarcialPons.

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bustamante Alarcón, R. (2015). *Derechos fundamentales y debido proceso*. Perú: ARA Editores.

- Cabanellas de las Cuevas, G. (2013). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo VII*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual III Tomo*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo V*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas de Torres, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*.
- Cabanellas de Torres, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanillas de Torres, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanillas de Torres, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo 2*. Buenos Aires: Heliasta.
- Castillo Alva, J. L., & Luján Túpez, M. (2006). *Razonamiento judicial Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: ARA Editores.
- Castro, C. S. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Chiassoni, P. L. (2012). *La interpretación textual en los documentos normativos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Clanciardo, J. (2005). Interpretación por analogía, Derecho Constitucional de emergencia y justicia. En E. F. Mac -Gregor, *Interpretación constitucional* (págs. 439 - 468). México: PORRUA -Universidad Nacional Autónoma de México.
- Díaz Cabello, J. (2014). *La casación penal. Doctrina y análisis de las casaciones emitidas por la corte suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.
- El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (21 de 08 de 1991). *Sistema peruano de información jurídica*. Obtenido de http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO_PROCESAL_PENAL.pdf
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías - La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos Fundamentales Democracia Constitucional y Garantismo*. Lima: Iran RZ Business Company S.A.C.
- Figuroa Gutarra, E. (2014). *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC Sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Galiano Maritan, G., & González Milián, D. (2012). La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. *Díkaión Revista de fundamentación jurídica*, 431 -458.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho penal - parte general*. Perú: JURISTA EDITORES EIRL.
- García Figuroa, Alfonso; Gascón Abellán, Marina; Marcilla Córdova, Gema; Prieto Sanchis, Luis. (2014). *Argumentación jurídica*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- García Maynez, E. (1992). *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa S.A. 14 ed.
- García Maynez, E. (2009). *Filosofía del derecho*. México: PORRUA.
- García Toma, V. (2014). *Teoría del estado y derecho constitucional*. Lima: Adrus D&L Editores.
- Gascón Abellán, M., & García Figuroa, A. (2003). *Interpretación y argumentación jurídica*. San Salvador: Consejo nacional de la judicatura. doi:9992380993
- Ghirardi, O. A. (s.f.). *Academia de la magistratura*. Recuperado el 28 de 01 de 2018, de Academia de la magistratura: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/razonam_judicial/capitulo_V.pdf.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM.
- Guastini, R. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*. Perú: ARA Editores.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del derecho - Fundamentos teóricos*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Hernández Marín, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: MarcialPons.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación* (Sexta ed.). México: Mc Graw Hill.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta ed.). México: Mc Graw Hill.
- Huerta Ochoa, C. (2003). *Conflictos normativos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de derecho penal - Parte General T - I*. Lima: IDEMSA.
- Iberico Castañeda, F. (2010). Estudio introductorio de la impugnación y el recurso de casación en el nuevo Código procesal penal. *Revista Institucional N° 09 Academias de la Magistratura del Perú - Artículos sobre derecho penal y procesal penal*, 183-204.
- Jescheck, H. -H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal Parte General Vólumen I*. Perú: Instituto Pacífico.
- Judicial, P. (11 de 1 de 2018). *Poder Judicial del Perú*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_sala_plena/Inicio+Sala+Plena
- Landa Arroyo, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte suprema de justicia de la república del Perú, Tribunal Constitucional del Perú y Corte interamericana de derechos humanos*. Perú: Academia de la Magistratura.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: IBdef Euros Editores.
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: MarcialPons.
- Martínez Zorrilla, D. (2015). En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho Vol. 2*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Mazzarese, T. (2003). *Razonamiento judicial y derechos fundamentales*. Lima: ARA Editores.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (12 de Diciembre de 2017). *Sistema peruano de Información Jurídica*. Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/>
- Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. (14 de 12 de 2017). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal&modo=1
- Moras Mom, J. R. (2004). *Manual de derecho procesal penal* (6 ed.). Buenos Aires: LEXISNEXIS Abeledo -Perrot.
- Muñoz Conde, F. (2014). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ibddef Euros Editores SRL.
- Neyra Flores, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Lima: IDEMSA.
- Pazo Pineda, O. (2014). *Los derechos fundamentales y el tribunal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez Casaverde, E. (2013). *Manual de Derecho Constitucional*. Lima: Adrus editores.
- Poder Judicial del Perú. (13 de 12 de 2017). *Poder Judicial del Perú*. Obtenido de http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S
- Rosas Alcántara, J. (2015). *El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves - Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Salas Beteta, C., Cubas Villanueva, V., Rosas Yataco, J., Castillo Alva, J., Villegas Paiva, E., Espinoza Ramos, B., . . . Peña Cabrera Freyre, A. (2013). *Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- San Martín Castro, C. E. (2001). *Derecho procesal penal Volumen II*. Perú: Grijley.
- Senado de la República de Colombia. (31 de 08 de 2004). *Secretaría Jurídica Distrital*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>
- Sieckmann, J. -R. (2011). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.

- Tapia Vivas, G. R., Villegas Paiva, E. A., Rodríguez Champi, W., & Arismendi Amaya, E. (2017). *Como probar el delito de violación de menores*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2010). Dimensiones del precedente judicial. En S. Castañeda Otsu, *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (págs. 3 -23). Lima: GRIJLEY.
- Ticona Postigo, V. (26 de 01 de 2010). Recurso de Casación. *Diplomatura de Formación Profesional para Fiscales del Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura Perú.
- Ventura Robles, M. (4 de 1 de 2018). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31034.pdf>
- Vigo L., R. (2017). *La interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. México: Instituto de la Judicatura Federal - Tirant Lo Blanch.
- Yaipen Zapata, V. (2012). *La casación en el sistema penal peruano (Tesis de post grado)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Zavaleta Rodríguez, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Grijley.

A

N

E

X

O

S

ANEXO 1

Cuadro de operacionalización de las variables: Incompatibilidad Normativa y Técnicas de Interpretación provenientes de las Sentencias de los órganos Supremos de Justicia del Perú

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA - MOTIVACIÓN DEL DERECHO)	VALIDEZ NORMATIVA	Validez	Validez formal	<p>1. Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones, teniendo en cuenta su vigencia, es decir su validez formal, es decir verificar o comprobar la vigencia de la norma, que no haya sido derogada o abrogada - temporalidad de la norma . Si respeta/No respeta.</p> <p>2. Los razonamientos evidencian la exclusión en la selección de normas legales en base a la jerarquía normativa , con la finalidad de distinguir el rango de la ley en la norma. Si respeta/ No respeta</p>
			Validez material	<p>1. Los razonamiento evidencian la selección de normas legales, es decir la validez material , basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir verificar la constitucionalidad y legalidad de las normas seleccionadas -especialidad de la norma jurídica- Si respeta/No respeta.</p> <p>2. Los razonamientos evidencian que las normas constitucionales y legales han sido adecuadas a las circunstancias del caso (es decir teniendo en cuenta las pretensiones y las alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público. Si respeta/No respeta.</p> <p>3. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas En el art. 429 del Código Procesal Penal; las cuales deberán estar debidamente fundamentadas con la finalidad de determinar que principio o derecho se vulneró. Si respeta/No respeta.</p>

Verificación de la norma

Control difuso

1. Se determinó las causales del recurso de casación (Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 429 del CPP **A inciso 1** Si la sentencia ha sido expedida con inobservancia a algunas garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. **B inciso 2.** Si la sentencia incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad. **C inciso 3.** Si la sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal. **D inciso 4.** Si la sentencia ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. **E inciso 5.** Si la sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, o en su caso, por el Tribunal Constitucional. Si respeta/No respeta.
2. Se determinó el cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación. Si respeta/No respeta.
3. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las disposiciones deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al (os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado (s)). Si respeta/ No respeta.
4. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) Si respeta/No respeta.
5. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. (El magistrado buscará que el

			resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental) Si respeta/No respeta.
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	Establece el tipo o tipos de interpretación jurídica de las disposiciones seleccionadas para su posterior argumentación (auténtica, doctrinal y judicial) Si respeta/No respeta.
		Resultados	Establece el tipo o tipos de interpretación jurídica de las disposiciones seleccionadas para su posterior argumentación (restrictiva, extensiva y declarativa) Si respeta/No respeta.
		Medios	1.Establece los criterios de interpretación jurídica de disposiciones seleccionas para comprender su sentido; es decir, entender las disposiciones penales que garantizan el proceso. (Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) Si respeta / No respeta. 2. Establece los criterios de interpretación constitucional de disposiciones seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica) Si respeta / No respeta

	Integración	Auto integración	Establece la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley). Si respeta/No respeta.
			Establece los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley). Si respeta/No respeta.
		Hetero integración	Establece los argumentos con relación a la creación de disposiciones por integración. (Basado en el uso de la costumbre, jurisprudencia y equidad). Si respeta/No respeta.
	Argumentación	Ámbitos de la argumentación jurídica	<p>1. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones de interpretación de enunciados normativos para resolver el caso (Problemas de interpretación). Si respeta/No respeta.</p> <p>2. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones probatorias para resolver el caso (Problemas de valoración de pruebas). Si respeta/No respeta.</p>
		Vicios de la argumentación	Establece la presencia de vicios en la argumentación en la solución del caso. (a) Falta de razones; b) Razones irrelevantes; c) Razones defectuosas; d) Suposiciones no garantizadas; e) Ambigüedades) Si respeta/No respeta.
		Teorías de la argumentación jurídica	<p>1. Establece el uso de la teoría del discurso jurídico como método de la de argumentación jurídica. (Uso del discurso jurídico) Si respeta/No respeta.</p> <p>2. Establece el uso de la teoría de Manuel Atienza como método de la argumentación jurídica. (Uso de la propuesta de Atienza). Si respeta/No respeta.</p>

ANEXO 2

<p style="text-align: center;">CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y ESTABLECIERON DE LAS VARIABLES (EN MATERIA PENAL)</p>

2. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo con el Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a la sentencia de la Corte Suprema.
2. Las variables de estudio son Validez normativa y técnicas de interpretación proveniente de la sentencia de la Corte Suprema.
3. La variable independiente: validez normativa comprende dos dimensiones (Validez y Verificación de la norma).
4. La variable dependiente: técnicas de interpretación comprenden tres dimensiones (Interpretación; Integración y Argumentación).
5. Cada dimensión de las variables tiene sus respectivas subdimensiones.

En relación con la variable independiente: validez normativa

- 5.1. Las subdimensiones de la dimensión “Validez ”, son 2: Validez formal y Validez material.
- 5.2. Las subdimensiones de la dimensión “Verificación de la norma”, es 1: Control difuso.

En relación con la variable dependiente: técnicas de interpretación

- 5.3. Las subdimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: sujetos, resultados y medios.
- 5.4. Las subdimensiones de la dimensión Integración, son 2: Auto integración y Heterointegración.

5.5. Las subdimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: Ámbitos de la argumentación jurídica, vicios en la argumentación y teorías de la argumentación jurídica.

5.6. Que la dimensión “Validez ” presenta 4 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

5.7. Que la dimensión “Verificación de la norma” presenta 5 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

6. Que la dimensión Interpretación presenta 4 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

7. Que la dimensión Integración presenta 3 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

8. Que la dimensión Argumentación presenta 5 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

9. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada subdimensión se ha previsto ciertos Criterios, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en función de los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.

10. De los niveles de calificación: la calidad de las subdimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre validez normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.

11. De los niveles de calificación: la calidad de las subdimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.

Calificación:

- De los Criterios: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si respeta y no respeta
- De las subdimensiones: se Establece en función del número de Criterios cumplidos.

- De las dimensiones: se Establecen en función de la forma en que se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.
- De las variables: se Establece en función de la aplicación de sus dimensiones respectivas.

Recomendaciones:

- Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.
- Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.
- Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial proveniente del expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.
- Hacer suyo, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas que facilitará el análisis de la sentencia de la Corte Suprema, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.

El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.

Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS CRITERIOS

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia de la Corte Suprema; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

Cuadro 1

Calificación aplicable a los Criterios

Texto respectivo de la sentencia	Lista de Criterios	Calificación
		Si respeta (cuando en el texto se respeta)
		No respeta (cuando en el texto no se respeta)

Razonamientos:

El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si respeta

La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No respeta

PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA ESTABLECER LA FORMA EN QUE SE APLICA LA VALIDEZ NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

Cuadro 2

Calificación de la forma de la aplicación en la validez normativa

Cumplimiento de los Criterios en una subdimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si respeta con las reglas tradicionales y el procedimiento de decisión	(0)	[0]
Si respeta con el control de principios	(0)	[0]

Razonamientos:

Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.

Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.

La aplicación de las técnicas de interpretación en la validez normativa se Establece en función del número de indicadores cumplidos.

Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 Criterios previstos, se califica:
Nunca

PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA ESTABLECER LA FORMA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

Cuadro 3

Calificación de la forma de la aplicación en las técnicas de interpretación

Cumplimiento de los Criterios en una subdimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si respeta con los Sujetos, Resultados y Medios	(1)	[0]
Si respeta con Auto integración y Hetero integración	(0)	[2,5]
Si respeta con los ámbitos de la argumentación jurídica, control de vicios en la argumentación y teorías de la argumentación jurídica.	(5)	[5]

Razonamientos:

Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.

Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.

La aplicación de la validez normativa y las técnicas de interpretación se Establece en función del número de indicadores cumplidos.

Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 Criterios previstos, se califica: Por remisión

PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER LA FORMA EN QUE SE APLICA LA VALIDEZ NORMATIVA Y LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN:

Cuadro 4

Calificación aplicable a las variables: Validez normativa y Técnicas de interpretación

Variables	Dimensiones	Subdimensiones	Calificación			Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión	
			De las subdimensiones					De la dimensión
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0,5]	[1,5]	[2,5]			
Validez Normativa	Validez	Validez formal	X	X		6.5	[13 - 20]	
			X					
		Validez material	X		X X		[7 - 12]	
			X					
	X			[0 - 6]				
Verificación de la norma	Control difuso	X	X X		X X X	10.5		

			X					
			X					
			X					
Variable	Dimensiones	Subdimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos			X	5	[51 - 80]	22.5
		Resultados	X					
		Medios	X					
	Integración	Auto integración	X			0	[26 - 50]	
			X					
		Hetero integración	X					
	Argumentación	Ámbitos de la argumentación jurídica			X	17.5	[0 - 25]	
					X			
		Control de vicios en la argumentación		X				
		Teorías de la argumentación jurídica		X				
			X					

Ejemplo: 7, está indicando que la validez siempre existe en las sentencias emitidas por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 10.5 ; asimismo, se evidencia que en la aplicación de las técnicas de interpretación en dicha sentencia fue inadecuada, lo cual se refleja con una calificación de 22.5.

Fundamentos:

De acuerdo con el Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la Validez normativa, como: la Validez y la Verificación de la norma.

De acuerdo con el Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación, Integración, y la Argumentación.

El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo con el hallazgo obtenido de los indicadores.

Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación de la validez normativa y las técnicas de interpretación en la sentencia casatoria . Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 4.

La determinación de los valores y niveles de aplicación de la validez normativa y las técnicas de interpretación, se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

Validez normativa

[16 - 25] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Siempre

[1 - 15] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Nunca

Técnicas de interpretación

[38 - 75] = Cada indicador se multiplica por 5 = Adecuada

[1 - 37.5] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Inadecuada

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Por remisión

Nota: Esta información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 4.

ANEXO 3

DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo con el contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, declaro que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre Delito de Colusión Agravada contenido en el expediente N° **1397-2017/NACIONAL** en casación, proveniente del Distrito Judicial De Lima, Lima, 2020.

Por estas razones, como autor, tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la dignidad humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios.

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Lima, 30 de noviembre del 2020

.....

Jorge Esteban Maguiña Paucar

DNI N° 06732037

ANEXO 4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACION N° 1397-2017/NACIONAL

PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Condena del absuelto, juicio de hecho e imputación de directivos de empresas

Sumilla 1. Es posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional – véase, por ejemplo, El Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2 – 2. Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas –, para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos. 3. Tratándose de directivos de una empresa, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación

subjetiva. Se ha de partir de un lado, (I) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo – que toma decisiones directivas -, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito, y, de otro lado, (II) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento – el debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales – y de las características de la organización empresarial.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A y B contra la sentencia de vistas de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, **(i)** absolvió a C y D de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión agravada en perjuicio del Estado; **(ii)** absolvió a E y F de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho pasivo propio en perjuicio del Estado; **(iii)** absolvió a B y A de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado; **(iv)** absolvió D y G de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de falsedad genérica en perjuicio del Estado; **(v)** absolvió a F de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio del Estado; **(vi)** condeno a A como cómplice del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; **(vii)** condeno a B como cómplice primario del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación, así como al

pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; **(viii)** absolvió a H como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado; y, **(ix)** absolvió a la empresa I de la imposición de la medida de suspensión de sus actividades por un año; con lo demás que al respecto contiene. Ha sido ponente el señor SMC.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación de fojas trescientos cuarenta y cuatro, de uno de diciembre de dos mil quince, entre los años dos mil once y dos mil doce, en el Gobierno Regional de Tumbes, entonces bajo la presidencia del acusado E – Presidente Regional de Tumbes -, este junto a los acusados F – Procurador Publico del Gobierno Regional de Tumbes -, C – Gerente Regional de Infraestructura -, A y B – representantes de la persona jurídica I -, se conformó una asociación ilícita para delinquir destinada a cometer delitos contra la Administración Publica, consistentes en actos colusorios en perjuicio del Gobierno Regional de Tumbes. Los hechos atribuidos son los siguientes:

- 8.** En el año dos mil nueve el Gobierno Regional de Tumbes otorgo la buena pro para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”, en el departamento de Tumbes, a la empresa I. Los cargos penales están circunscriptos a la ejecución contractual de dicha obra – periodo comprendido entre los años dos mil once y dos mil doce-.
- 9.** A estos efectos se utilizaron procesos arbitrales y acuerdos vía conciliación para perjudicar al Gobierno Regional de Tumbes en beneficio de la empresa I. Se generó un aparato aparentemente legal, en la que cada uno de sus integrantes contribuía desde la Gerencia de Infraestructura – con los informes correspondientes – y desde la Procuraduría Publica Regional – mediante su participación en las audiencias de conciliación – para lesionar el patrimonio institucional del gobierno regional de Tumbes y aparentar que tales acuerdos eran dispuesto por terceros, al margen de una mala gestión y de la consolidación de acuerdos colusorios.
- 10.** Durante la ejecución del contrato se plantearon dos pretensiones contradictorias por parte del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I. El primero pretendía el monto de trece millones y medio de soles a la referida empresa, y la segunda

- procuraba el pago pendiente por el gobierno regional de Tumbes de la suma de cuatro millones ciento un mil quinientos cuarenta y dos soles con treinta y cinco céntimos.
- 11.** Se imputa, en calidad de cómplices de colusión agravada, a los acusados H, D y G, por ser integrantes del Tribunal Arbitral en el que tuvo lugar la audiencia de conciliación – de fecha trece de julio de dos mil once – por medio de la cual la contratista, empresa I, logro constituirse como acreedora de la suma de tres millones trescientos mil soles, que debía de pagar el gobierno regional de Tumbes – laudo de veinticinco de julio de dos mil once, notificado el día veintiséis de julio de ese año dos mil doce -. En virtud de la referida conciliación, el gobierno regional de Tumbes devolvió las cartas fianza y pago dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y tres soles a favor de la citada empresa, además de los siete millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cinco con sesenta y nueve soles que se había entregado precisamente a la empresa I por concepto de adelantados otorgados por avance de obras. Igualmente, cometieron el delito de falsedad genérica al haber insertado información falsa en el texto del laudo arbitral – veinticinco de julio de dos mil once-, y **(ii)** al cumplimiento del requisito de representatividad del representante del gobierno regional de Tumbes en la audiencia de conciliación para hacer eficaz el acuerdo que consta en el acta y, por extensión, en el laudo.
 - 12.** Además, los encausados A y B – representantes de la empresa I – cometieron el delito de cohecho activo genérico porque compraron y entregaron pasajes aéreos a la ciudad de Lima a los acusados E y F (delito de cohecho pasivo propio), con la finalidad de que ambos, en violación de sus obligaciones realicen en la audiencia de conciliación, actos que favorezcan indebidamente a la empresa antes mencionada en la ejecución contractual de la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable en cuatro distritos de Tumbes.
 - 13.** Asimismo, los encausados A, B, E y F cometieron delito de colusión agravada porque se concertaron para defraudar al gobierno regional de Tumbes en la resolución contractual y liquidación de la obra en cuestión mediante la aludida conciliación arbitral.
 - 14.** Finalmente, se atribuyó a F – Procurador Publico del Gobierno Regional de Tumbes – la comisión del delito de peculado, porque se habría apropiado de la suma de ochocientos setenta y uno soles de los viáticos asignados, por el monto de mil

novecientos veintiún soles, con ocasión de su viaje a Lima entre los días doce y diecisiete de julio de dos mil once.

SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional, **(i)** absolvió a los ocho acusados por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; **(ii)** absolvió a E y F por el delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; **(iii)** absolvió a A por los delitos de colusión agravada y de cohecho activo genérico en agravio del Estado; **(iv)** absolvió a B por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado; **(v)** absolvió a J por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; **(vi)** absolvió a C por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; **(vii)** absolvió a G y D por el delito de colusión agravada (cómplices primarios) en agravio del Estado; a H, Gy D por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado; y, a G y D por el delito de falsedad genérica en agravio del Estado; **(viii)** condeno a E por delito de colusión agravada (autor) en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad; **(ix)** condeno a F por delitos de colusión agravada y peculado doloso por apropiación (autor) a un total de catorce años de pena privativa de libertad; **(x)** condenó a K por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; **(xi)** condeno a B por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; **(xii)** condeno a H por delitos de colusión agravada y falsedad genérica a un total de doce años de pena privativa de libertad; **(xiii)** suspendió las actividades de la persona jurídica I por un año y ordeno la intervención de la autoridad administrativa por ese mismo periodo; **(xiv)** impuso la pena de inhabilitación por cinco años a E, F, K, B y H; y; **(xv)** fijó en quinientos mil soles el monto por concepto de reparación civil que abonaran solidariamente los condenados.

TERCERO. Que, interpuesto el recurso de apelación por los afectados y previo procedimiento de impugnación en segunda instancia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional emitió la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, que, en lo pertinente, **(i)** confirmo la absolución materia de la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, en los extremos ya citados; **(ii)** revoco la condena a H por delito de colusión agravada (cómplice) y lo absolvió; al igual que la condena a F pro el delito de peculado doloso por apropiación; **(iii)** revoco la absolución a A por delito de colusión agravada y, reformándola,

lo condeno por ese delito (cómplice) a seis años de pena privativa de libertad; condeno a A y B pro delito de colusión agravada; **(iv)** confirmo la condena a E por delito de colusión agravada y revoco la pena interpuesta, la que fijo en siete años de privación de libertad; **(v)** confirmo la condena a F por delito de colusión agravada y revoco la pena impuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; **(vi)** confirmo la condena a K por delito de colusión agravada y revoco la pena impuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; **(vii)** confirmo la condena a B por delito de colusión agravada y revoco la pena interpuesta, la que fijo en seis años de privación de libertad; **(viii)** confirmo la condena a H delito de falsedad genérica y revoco la pena impuesta, la que fijo en dos años de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año; **(ix)** revoco la medida impuesta a la persona jurídica I y, reformándola, la absolvió de los cargos; **(x)** confirmo la suma por reparación civil e, integrándola, ordeno el pago de dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochocientos ochenta y tres soles que devolverá al Estado la empresa I; y, **(xi)** confirmo en lo demás que contiene.

Contra la citada sentencia de vista, los acusados **(i)** A y **(ii)** B, al igual que la **(iii)** señora Fiscal Superior Nacional, interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que la señora Fiscal Superior Nacional, en su recurso de casación de fojas mil doscientos noventa y tres, de cinco de setiembre de dos mil diecisiete, invoco el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteo los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

Inició en la intervención punible de los árbitros en consolidación de la concertación entre los funcionarios del gobierno regional de Tumbes y de la empresa I para afectar el patrimonio del primero; en la incorporación de la circunstancia agravante genérica de pluralidad de personas en el delito de colusión y demás delitos de encuentro; en la calificación de los viáticos como objeto material del delito de peculado; en la corrección de la valoración de la prueba respecto de C, a quien se absolvió, pese a que con ese mismo material probatoria se condenó a E, F, B y A; en la responsabilidad de I y su intervención en la comisión de los delitos de colusión y cohecho, lo que exige analizar los alcances del artículo 105 del Código Penal; en la correcta interpretación de los alcances de los delitos de cohecho activo genérico

y cohecho pasivo propio – y la incorrecta definición de los mismos por el Tribunal Superior-

QUINTO. Que el encausado A en su recurso de casación de fojas mil cientos treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1,3,4 y 5, del Código Procesal Penal).

Enfatizo en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condenó, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condenara sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral – no desde el contexto contractual- administrativo-, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto fáctico normativo en orden a una contratación pública.

SEXTO. Que el encausado B, en su recurso de casación de fojas mil doscientos treinta, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3,4 y 5, del Código Procesal Penal).

Destaco que se le condenó por el delito de colusión por el hecho de que conocía del acuerdo colusorio, pero la ley exige que se realice actos de concertación; que conocer no es concertarse – primero debe acreditarse los elementos objetivos del tipo legal y, luego, el elemento subjetivo -; que no se utilizó correctamente las exigencias de la prueba indiciaria; que no se configuró el contexto fáctico normativo exigido por el tipo legal; que no se definió los alcances de la ejecución contractual en un proceso arbitral, lo que determinaría la no criminalidad de los hechos por colusión, así como también si todo terminó por una transacción en un proceso arbitral no es posible la configuración del delito de colusión; que no puede haber perjuicio si no se invalida la liquidación de la obra cuestionada; que debe determinarse lo que debe entenderse por la expresión “suficiente actividad probatoria”.

SÉPTIMO. Que el encausado H, en su recurso de casación de fojas mil doscientos ochenta y tres, invocó el motivo de casación de vulneración de precepto material y el acceso excepcional al indicado recurso. Afirmo que la necesidad de fijar parámetros objetivos para la interpretación del delito de falsedad genérica y de la institución de la prescripción. Este recurso, empero, fue desestimado de plano.

OCTAVO. Que, empero, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil ciento noventa y siete del cuadernillo de casación, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, y a la Ejecutoria aclaratoria de fojas mil trescientos doce, de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, lo único que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- C. Se aceptó como motivos de casación los de quebramiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (artículo 429, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal).
- D. El examen casacional está circunscripto a dilucidar: **(i)** la punibilidad de los árbitros en un proceso de contratación para la ejecución de obra cuando han concertado con los funcionarios y la empresa privada; **(ii)** si la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito, para los casos de colusión y demás delitos de encuentro, donde se ven involucrados dos partes, constituye una circunstancia agravante para la determinación de la pena; **(iii)** la aplicación de medidas a la persona jurídica vinculada, por su actividad y organización, a un hecho punible (artículos 105 y 105-A del Código Penal); **(iv)** si el Tribunal de Apelaciones puede condenar al absuelto, pese a que el Ministerio Público en su alegato de clausura planteó su pretensión y no solicitó la condena, sino la nulidad de la sentencia absolutoria de primera instancia, y su relación con el principio de jerarquía funcional (artículo ciento cincuenta y nueve, incisos tres y cuatro, de la Constitución); **(v)** si se puede apartar injustificadamente de la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema de Justicia que prohíbe la condena al absuelto y la posible vulneración del principio de igualdad; y, **(vi)** si respecto del dolo, es necesario establecer primero la tipicidad objetiva – con la consiguiente acreditación de los elementos del tipo (autor, conducta, imputación objetiva y resultado)-, y, luego, recién ingresar al análisis del tipo subjetivo (dolo).

NOVENO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de las Ejecutorias anteriores – con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa de los imputados E y B, corriente a fojas mil doscientos cuarenta y cuatro y mil doscientos cincuenta, de tres de mayo de dos mil dieciocho del cuadernillo de casación -, se expidió el decreto de fojas mil doscientos cincuenta y dos, de ocho de mayo de dos mil dieciocho, que señalo fecha para la audiencia de casación el día dos de agosto último.

DÉCIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de: **(i)** el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor ASS; **(ii)** el señor abogado defensor de E, doctor AE; **(iii)** el señor abogado defensor de D, doctor AD; **(iv)** el señor abogado defensor de B, doctor AB; **(v)** el señor abogado de A, doctor AA; y **(vi)** el señor abogado defensor de G, doctor AG. Hizo uso de la palabra el encausado en cárcel E mediante videoconferencia.

UNDÉCIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenida el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia Casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

11. INTRODUCCIÓN

PRIMERO. Que, dentro del factum acusatorio, como hecho de carácter principal declarado probado, se tiene que se produjo un concierto ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes con la misma empresa I, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen” y en virtud de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse, según el caso, se celebró una transacción en sede arbitral que perjudico los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que el Procurador Regional carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo.

A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa I se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa I pago pasajes de avión a la ciudad de Lima a los encausados E y F para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa.

SEGUNDO. Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público – las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatoria (SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Publica*, Editorial Grijley, Lima, 2016, p. 324) -.

Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes.

Conforme se indicó en el Informe Especial, elaborado por la Contraloría General de la Republica – debidamente explicado en el acto oral -, se estableció que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos (conforme: Sección XIV, folios ciento dos a ciento seis de la sentencia de primera instancia).

Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.

12. DE LA POSICION JURIDICA DEL ENCAUSADO A

TERCERO. Que el encausado A era el Gerente General de la empresa I, y, como tal, intervino en la audiencia de conciliación de trece de julio de dos mil once – al igual que el gerente técnico de la misma, MVR -. Además, participo en la sesión del Consejo Regional de Tumbes el diez de febrero de dos mil once en la que expuso sobre las

controversias de su empresa con el gobierno regional de Tumbes; y, presento demandas, ampliaciones y liquidaciones requiriendo pagos al gobierno regional de Tumbes.

La sentencia de primera instancia absolvió a A porque entendió que, en esa audiencia, ante el comentario de MVR sobre sus dudas respecto de la representatividad de K por el gobierno regional de Tumbes, le pidió que lo hiciera saber a los asistentes, lo que en efecto se hizo. Hecho que, a su juicio, pone en duda la efectiva colusión con B, E y F. Además, sostuvo que la ganancia era para el dueño de la empresa B y no para él, quien era un empleado de la misma (véase numeral 6, punto 2, punto 4, folios ciento cuarenta y ocho a ciento cuarenta y nueve).

La sentencia de segunda instancia, en cambio, condeno a (A) porque pese a conocer el vicio de representatividad de K decidió continuar con la diligencia; que los acuerdos arribados en esa audiencia, por su complejidad, fueron previos a la propia diligencia; que dicho encausado no solo participo como Gerente General de I, sino que por su importancia económica los consulto previamente con el accionista mayoritario B; que, además, al día siguiente solicito la ejecución del acuerdo y pidió la devolución de la carta fianza, pese a que sabía que debía esperar que el gobierno regional presente la resolución autoritativa del acuerdo de transacción: que el citado encausado constantemente presentaba requerimientos mediante cartas, interpuso demanda e incluso formulo una denuncia (véase numeral 61, punto 5, folios noventa y ocho a cien).

CUARTO. Que, en este caso, se cuestiona si era posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia, habida cuenta de la existencia de una sentencia de casación que concluyo que tal potestad del Tribunal Superior no era posible. El imputado, además, señalo que el señor Fiscal Superior en sede de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule la absolución.

6. Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente, lo dispuesto en el artículo 425, apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice: “La sentencia de segunda instancia (...) puede: b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se

presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional – véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2 -,

7. Cabe enfatizar, mas allá de que una sentencia de casación señalo la inviabilidad de condenar al absuelto, que finalmente la Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema – órgano jurisdiccional competente funcionalmente cuando se trata de consultas en materia de inaplicación de normas con rango de ley (artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por tribunales inferiores, en su sentencia de veintidós de octubre de dos mil quince, afirmo la constitucionalidad de esta opción y, por consiguiente, desaprobó una consulta en sentido contrario elevada por la Corte Superior de Justicia de Junín (Consulta número 15852-2014/Junín).
8. Nuestro recurso de apelación es típicamente ordinario – se puede plantear bajo causas de pedir y petitum de hecho (impugnar el juicio de culpabilidad o de inocencia) y de derecho (correcta interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídicos) -; y, además, es igual, en cuanto a sus alcances, tanto así tiene contenido acusatorio como defensivo. No existen diferencias entre los recursos del fiscal, del actor civil o del imputado – se asume como fundamental el principio de igualdad de arma -; los motivos o causales para apelar son los mismos, no hay restricciones específicas para alguna de las partes.
9. Si bien el Código Procesal Penal opta por un sistema de *revisio prioris instantiac* – no por el *novum iudicium* -, (i) autoriza la actuación de pruebas no actuadas en primera instancia, bajo determinados límites (artículo 422, apartado 5, del Código Procesal Penal); y, (iii) introduce un límite radical respecto de la valoración de la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia – salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia – (artículo 425, apartado 2, del código Procesal Penal).
10. En esta perspectiva la audiencia de apelación – en la que se observaran, en cuanto sean aplicables, las normas relativa al juicio de primera instancia (artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal – requiere la presencia del acusado, sea recurrente o recurrido si la impugnación procede del Fiscal. Si el imputado es parte recurrida su inasistencia, si bien no impide el desarrollo de la audiencia, determinara se le declare reo contumaz y se disponga su conducción coactiva (artículo 423, numerales 2 y 4, del Código Procesal Penal). Es claro, en esta última posibilidad, que

la sentencia de vista no puede comprender al acusado contumaz inasistente si fuera del caso revocar un fallo de primera instancia absolutorio (veas el artículo 79, numeral 5, del Código Procesal Penal), pues se requiere escucharlo para conformar el juicio de hecho.

QUINTO. Que, cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso – de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principios de inmediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos -, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas-, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/2014, de veintitrés de junio).

En estos casos, como proclamo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta preciso que el Tribunal de Apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por el en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (STEDH *Hermi c. Italia*, de 18 de octubre de dos mil seis, párrafo sesenta y cuatro). Incluso tal “nueva audiencia” es necesaria cuando la inferencia del Tribunal de Apelación ha tenido relación con elementos subjetivos (STEDH *Cadena Calero c. España*, de veintidós de noviembre de dos mil once, párrafo cuarenta y seis).

La inmediación es, pues, relevante porque permite al órgano jurisdiccional sentenciador perciba, en cuanto a las pruebas personales se trata, por sí mismo y sin ningún tipo de traba, los testimonios de las personas que han de deponer en su presencia, para que de este modo pueda, sin ningún tipo de interferencias, participar y adquirir finalmente, considerando que los testimonios son fiables o no, el conocimiento necesario sobre el modo y circunstancias en las que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento, y ello con el fin último de fallar la causa de la forma más ajustada a la realidad (SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO:

La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 31/32).

SEXTO. Que, fijada la doctrina sobre la materia, en el presente caso se tiene:

5. En la audiencia de apelación – en sus treinta y ocho sesiones, del veinte de abril al veintiuno de agosto de dos mil diecisiete – solo declararon parte de los encausados y se oralizo prueba documental. El imputado recurrido A – quien estuvo presente en la audiencia – no declaro respecto de los motivos de la apelación de Ministerio Publico, solo se dio lectura a su declaración en sede de primera instancia (sesión de dieciocho de julio de dos mil diecisiete), e hizo de su derecho a la última palabra (sesión de tres de agosto de dos mil diecisiete).
6. La sentencia de vista impugnada, que altero la apreciación del cuadro de hechos e infirió un juicio de culpabilidad, se sustentó no solo en la prueba documental que cito (cartas, demanda civil, denuncia penal) sino también prueba persona (testifical) respecto a si advirtió la falta de representatividad de K – ese punto se destacó a propósito de la declaración en primera instancia de la gerente técnica de I, MVR, y a su intervención previa en las últimas fases del contrato cuestionado y en sus relaciones con su coimputado B.
7. Siendo así, en el caso concreto, no era posible dictar condena sin recibir de nuevo las declaraciones de los árbitros, de K y de MVR, así como sin atender a lo expuesto por B en la audiencia de segunda instancia. Por consiguiente, al omitirse esas diligencias y pautas de valoración, la condena del absuelto vulnero los principios de inmediación y publicidad, que integran la garantía del debido proceso, y el principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal. La nulidad es, pues, inevitable, conforme al artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.
8. Dada esta conclusión, no es del caso pronunciarse acerca de si, además, medio un problema de congruencia ante el pedido de la Fiscalía Superior y la decisión del Tribunal de Apelación – de anulación del fallo de primera instancia a condena del absuelto-.

13. DE LA POSICIÓN JURIDICA DEL ENCAUSADO B

SÉPTIMO. Que la sentencia de vista impugnada declaro probado: (i) que el encausado B es el accionista mayoritario, con el noventa y cinco por ciento de las acciones, de la

empresa I; **(ii)** que dicha empresa resulto favorecida con el laudo arbitral; **(iii)** que del número de teléfono celular novecientos setenta y ocho quinientos veinticinco cero treinta y cinco – perteneciente a la empresa y a cargo de la gerente técnico MVR – se efectuaron numerosas llamadas a integrantes del gobierno regional de Tumbes y un árbitro; **(iv)** que estaba pendiente de la controversia y conocía de los acuerdos previos, que favorecían a I, así como que tenía poderes generales iguales a los que corresponden al gerente general; y, **(v)** que, de otro lado, la documentación con el gobierno regional y la intervención en el proceso arbitral correspondió al gerente general A.

OCTAVO. Que, según se advierte del punto 6.2.2 de la sentencia de primera instancia (folio ciento treinta y dos de la sentencia) se está ante una anónima privada, del que el encausado B de Presidente del Directorio. Dicho encausado se abstuvo de declarar en primera y segunda instancia – solo se dio lectura a su declaración sumarial -, como consta de fojas cuatrocientos siete, de seis de octubre de dos mil dieciséis. En su autodefensa en sede de primera y segunda instancia expuso que no conoció a E que los contratos se cumplieron a cabalidad, incluso la empresa tiene certificado de conformidad de obra; que no firmó contrato con E; que la empresa no quiso dejar la obra, pero el gobierno regional de Tumbes puso trabas (fojas cuatrocientos treinta y tres y novecientos ochenta y seis).

NOVENO. Que la sentencia de vista, como quedo indicado, razona, respecto del encausado recurrente B, que conocía los entretelones de las diferencias entre el gobierno regional de Tumbes y que, como accionista mayoritario, tenía conocimiento de todo lo acontecido, al punto que el acuerdo arribado con el gobierno regional favoreció a la empresa I. Es verdad, de otro lado, que toda la documentación e intervención material en el proceso arbitral correspondió al gerente general de la referida empresa, encausado A gerente general.

Empero, es de tener en cuenta que, tratándose de directivos de una empresa, como lo era B al tener la condición de Presidente del Directorio – más allá que sea el propietario del noventa y cinco por ciento de las acciones de la misma -, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir de una lado, (i) de la disociación que puede existir, siempre en función a la

complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo – que toma decisiones directivas – y el administrador o gerente – que asume la función de gestión -, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, (ii) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento – si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales – y de las características de la organización empresarial (conforme: GARCIA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Económico – Parte General*, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 713/729).

DECIMO. Que estas exigencias típicas generales – objetivas y subjetivas – no han sido desarrolladas por el Tribunal Superior. Solo menciona que el imputado B sabía de lo sucedido y, por ello, es responsable penal a título de autor. La imputación objetiva y la imputación subjetiva, como quedo expuesto, requieren que se dilucide lo que se tiene expuesto en el fundamento jurídico noveno. La interpretación de la tipicidad general ha sido incorrecta, así como la tipo penal de colusión en este concreto ámbito de organización.

Es evidente que para ser participe en la comisión de un delito contra la Administración Pública se requiere de una acción consciente dirigida – en el caso del delito de colusión – a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte – en este caso – del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos. Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión. Es patente, asimismo, que estas exigencias típicas requieren de la prueba necesaria, más allá de toda duda razonable.

El motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvió (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).

14. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ÁRBITROS, ENCAUSADOS D Y H

UNDÉCIMO. Que la sentencia de segunda instancia, respecto de los árbitros, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, absolvió a los encausados D y H de la acusación fiscal formulada en su contra por complicidad primaria del delito de colusión agravada – este último fue condenado en primera instancia -. El G fue absuelto en primera instancia y ese fallo no fue apelado; luego, su situación jurídica quedo firme.

El Tribunal Superior considero que la conducta de los árbitros es atípica, desde el tipo penal de colusión, porque, en atención a su ámbito de actuación, a lo mucho podrían ser sancionados en el ámbito administrativo, de conformidad con la legislación de contrataciones públicas. Que su intervención, en el caso concreto, se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio propuesto por las partes, conforme a la ley de arbitraje – en ese proceso, como es obvio no se había definido la controversia -. Que no sabían del acuerdo colusorio entre el gobierno regional de Tumbes y la empresa I. Que tampoco se probó que ellos notificaron la resolución respectiva, aun cuando se falsifico la firma de la Secretaria Arbitral.

DUODÉCIMO. Que solo el caso concreto, tal como tuvo lugar, permite determinar si un suceso histórico es penalmente típico. La complicidad es una forma de participación y quien la realiza tiene, respecto del autor, un papel secundario en la realización del delito. El partcipe efectúa contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito, la esencialidad del aporte permite diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria.

DECIMOTERCERO. Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública – se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional -. Luego, el extraneus no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que esta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del gobierno regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente – el suceso histórico global así lo determina -. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva – si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la

Administración Pública -. Competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales.

En ambos análisis de la imputación penal el Tribunal Superior obvia lo que se requiere en materia de imputación objetiva e imputación subjetiva, y se desconoce los alcances de la complicidad. No es de recibo realizar un examen aislado de la intervención de los árbitros cuando la imputación se centra en una lógica de actuación concertada.

Por consiguiente, el motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).

15. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO F

DECIMOCUARTO. Que las sentencias de instancia, en orden al delito de peculado por apropiación, declararon probado que el Procurador Público Regional F se le proporcionó, por concepto de viáticos, la suma de mil novecientos veintiún soles, para asistir a la audiencia de conciliación en el proceso arbitral ya mencionado. De ese monto, el indicado encausado declaró que pagó la suma de ochocientos setenta y un soles por la adquisición del pasaje aéreo Tumbes – Lima – Tumbes, pese a que dicho pasaje fue financiado por la empresa I; por tanto, se apropió de esa suma de dinero.

El Tribunal Superior estimo que los viáticos no entran en la órbita de los bienes que sean caudales o efectos, por lo que no se configura ese deber de garante de parte del funcionario público que, por apropiación o por utilización cometa el tipo penal.

DECIMOQUINTO. Que, según se declaró en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 2938-2013/Lima, de veintiocho de abril de dos mil quince, desde el Derecho Presupuestal, los viáticos administrativos o en comisión de servicios se entregan a un servidor público para el cumplimiento de una específica actividad funcional y comprende gastos por alimentación, hospedaje y movilidad – esta es su finalidad, no otra – La normatividad pertinente fija unos montos-topes y, por lo demás, exige la dación en cuenta – debidamente justificada con la documentación pertinente, sujeta incluso a requisitos previos, condiciones y aun control posterior – para que las sumas no utilizadas reviertan al tesoro público.

En tal virtud, no se trata de una asignación laboral permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor – la denominación de “viáticos” no puede llamar a error o

confusión – sino de un dinero público con una finalidad de gestión o administración específica y reglada para cumplir instrumentalmente concretas actividades encomendadas en orden a la consecución de objetos institucionales. Administrar, en estas condiciones, significa la facultad de disponer de los bienes público para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas; el funcionario deber tener dominio sobre el dinero debido a sus funciones.

En consecuencia, al erigirse en un caudal público (definido como bienes de contenido económicos – es decir, bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio, incluido el dinero, conforme al Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116) – con un destino determinado sujeto a controles posteriores – por lo demás, todo caudal o dinero público, por la propia naturaleza de la función pública, está sujeta a supervisión y control por los órganos del sistema de control nacional – la apropiación de sumas no gastadas, más aun cuando se engaña a la Administración al momento de rendir cuentas – se afirma falsamente un gasto que en verdad no se realizó – constituye una conducta idónea para configurar el tipo delictivo de peculado por apropiación.

DECIMOSEXTO. Que, en consecuencia, la interpretación del tipo penal de peculado por apropiación en relación a viáticos, parte de los cuales se apodero el imputado F, fue incorrecta y, en consecuencia, determino una absolución infundada. Se afirmó la atipicidad de una conducta que, objetivamente, es típica.

El recurso acusatorio del Fiscal debe estimarse y así se declara. El Tribunal Superior debe expedir nuevo fallo en este extremo acatando por completo la interpretación del tipo penal en cuestión.

16. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO C

DECIMOSÉPTIMO. Que el recurso de apelación del Ministerio Público respecto del encausado C, Gerente Regional de Infraestructura, se limitó a alegar un error facti en la apreciación de la prueba. En efecto, había emitido un pronunciamiento oficial, en el sentido que la empresa I tenía un saldo a pagar a favor del gobierno regional por más de trece millones y medio de soles, pese a lo cual termino aprobando el acuerdo conciliatorio que determino un pago de tres millones trescientos mil soles a favor de dicha empresa, al punto que tramito con inusitada celeridad el Informe Técnico numero

– 2011 para que se lleve a cabo la conciliación, y negocio con H la celebración de la indicada audiencia, a la par que envió a K para que intervenga en la misma, pese a no tener poder para hacerlo.

Al respecto, la sentencia de vista estimo que su intervención fue antes y después del acto colusorio, que el informe oficial fue elaborado por H, Sub Gerente de Obras, y la autorización a K fue para apoyar las labores del Procurador Regional F no para que firme la conciliación. Por ello, ratifico la absolución desde que no se superó el estándar de más allá de toda razonable.

DECIMOCTAVO. Que es de acotar que este punto no es materia del ámbito excepcional casatorio aceptado por este Tribunal Supremo. Por lo demás, se trata de un problema referido a la *questio facti*; no se denuncia una infracción de una regla o precepto sobre prueba (*questio iuris*). Tampoco se resalta un vicio referido a la inferencia probatoria sobre la base de una vulneración de una ley lógica, máxima de experiencia o conocimiento científico.

El Tribunal Superior invoco un déficit acerca del estándar de prueba para condenar (mas allá de toda duda razonable) y, desde esa perspectiva, no consta parámetro objetivo que permita sostener que la citada conclusión es irrazonable o arbitraria.

17. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ENCAUSADOS E, F, A, B, D Y G

DECIMONOVENO. Que la sentencia de vista confirmo la sentencia de primera instancia en cuanto (i) absolvió a E y F de la acusación fiscal por delito de cohecho pasivo propio; (ii) absolvió a B y A de la acusación fiscal por delito de cohecho activo genérico; y, (iii) absolvió a D y G de la acusación fiscal por delito de falsedad genérica. Rechazo el recurso acusatorio del Ministerio Publico.

VIGÉSIMO. Que la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas mil ciento noventa y siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, estableció, primero, que la competencia casacional estaba vinculada al acceso excepcional establecido en el artículo 427, apartado 4, del Código Procesal Penal, por lo que tiene un carácter discrecional y únicamente circunscripto a lo que específicamente se acepta.

Solo se aceptó el motivo de casación de infracción de precepto material en cinco puntos precisos. La responsabilidad penal de los árbitros – respecto del delito de colusión

agravada – la institución de la condena del absuelto – de relevancia constitucional y procesal – la pluralidad de los agentes como agravante del delito de colusión, la vinculación de la persona jurídica en un hecho punible, y los supuestos de dolo en el delito de colusión agravada.

No ingresa en el ámbito del examen casacional los extremos fijados en el fundamento jurídico precedente. Por ende, no cabe pronunciamiento alguno.

18. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA

VIGESIMOPRIMERO. Que la sentencia de vista impugnada, respecto de la empresa I, preciso que si bien es una persona jurídica que existe desde el año dos mil y llevo a cabo más de ciento cincuenta proyectos – muchos de ellos, de agua y alcantarillado – ello pone en duda que sea una empresa instituida con una finalidad real encubierta relacionada con la comisión de delitos de colusión agravada u otros. Anoto, además, que no se encuentra acreditado que fue utilizada para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas, pues tenía en ejecución varias obras, gran capacidad de contratación y funcionaba desde tiempo atrás. Por todo ello, la absolvió de los cargos.

VIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 105 del Código Penal establece la aplicación de una medida contra una persona jurídica, en el curso de un proceso penal y por la comisión de un hecho punible, cuando (i) el delito se comete en ejercicio de su actividad o utilizando su organización; y, (ii) con el objetivo de favorecer o encubrir el delito en cuestión – que es el criterio de imputación fundamental -.

VIGESIMOTERCERO. Que, en primer lugar, la persona jurídica, con independencia de su historia social o antecedentes en actividades comerciales o de otra índole, por defectos de organización, se le utiliza para cometer delitos o encubrirlos, por lo que no es de recibo detallar como causal de exclusión de responsabilidad que tenía en curso varios negocios lícitos y tenía una larga data en la actividad mercantil – solo es viable esto último para evitar la medida más grave: la disolución de la persona jurídica, radicada en personas jurídicas constituidas y que operan habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas -. En segundo lugar, debe existir una relación entre el injusto típico perpetrado y la actividad o la organización de la persona jurídica, y además que el objetivo de la intervención de esta última sea para favorecer o encubrir el hecho punible. En tercer lugar, en el caso correcto, es obvio que el contrato lo celebros dicha

persona jurídica y al amparo de su actividad mercantil es que se perpetro el delito de colusión agravada, con la intervención de gerentes vinculados a su administración y gestión – sin perjuicio de establecer la intervención de directivos de la misma – (la empresa I fue instrumental al delito y, formalmente, a ella fue destinada los beneficios económicos ilícitos resultantes del delito).

En conclusión, se interpretó incorrectamente el artículo 105 del Código Penal; y, con ello, se le inaplicó, determinando una absolución infundada. El Tribunal Superior debe dictar nuevo fallo al respecto y tener en cuenta, además, los criterios de fundamentación y medición del artículo 105-A del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 7-2009/CJ-116.

19. DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE AGENTES Y DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA

VIGESIMOCUARTO. Que el delito de colusión agravada – como el delito de colusión simple – tiene como sujeto activo – o autor – al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas – aquel que intervenga de manera relevante en el proceso de contratación o de liquidación -. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios – coautores -.

De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales – la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionario que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, manteniéndose el mismo título de imputación-.

VIGESIMOQUINTO. Que, a los efectos de la individualización de la pena, el artículo 46, literal i) del Código Penal estipulo, como circunstancia agravante: “La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito” – en tanto que ello indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos (HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 4ta. Edición, IDEMSA, Lima, 2011, p. 333) -, que a su vez puede implicar que se determine la pena

concreta dentro del tercio intermedio o del tercio superior de la pena abstracta, según el caso. El vocablo “agentes” comprende tanto autores, como investigadores y cómplices primarios – no así de los secundarios (Obra Citada, Ídem).

VIGESIMOSEXTO. Que aun cuando se califique al delito de colusión como uno de encuentro, que presupone la intervención de un tercero interesado, si en la ejecución del indicado delito intervienen varios agentes en una u otra posición – siempre más de dos -, es indudable que es de aplicación la circunstancia agravante genéricas antes citada. La concreta ejecución del delito marca, desde la individualización de la pena, si se está ante más de dos agentes: más de un funcionario autor y/o más de un tercero interesado cómplice.

El Tribunal Superior al considerar que el vocablo “concertar” determina en sí mismo la participación de dos partes: intraneus y extraneus, siempre hay pluralidad de agentes y, por ende, que no se aplica el indicado precepto del Código Penal, interpreto erróneamente esta circunstancia agravante genérica y las características del tipo penal de colusión. No se trata que se intervengan dos partes – o posiciones en el proceso de contratación pública -, sino del número de personas que lo hagan.

En tal virtud, debe ampararse el recurso acusatorio y dictarse un fallo, amén de rescindente, rescisorio respecto de las penas impuestas – respecto de la situación jurídica de E, F y K -. Como se tiene una concurrencia de circunstancia de agravación y otra de atenuación (ausencia de antecedentes) la pena se determina dentro del tercio intermedio; y, en función al contenido de injusto y culpabilidad por el hecho. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal de Primera Instancia, el que debe confirmarse.

20. DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

VIGÉSIMOSÉPTIMO. Que el artículo 504 del Código Procesal Penal las costas del recurso son pagadas por quien pierde el recurso que interpuso – es decir, están a cargo del vencido, según el artículo 497, apartado 3, del citado Código -; y, las costas se impondrán en caso gane el recurrente al recurrido si se opuso a la pretensión impugnatoria. Empero, el ultimo precepto invocado autoriza a eximir las costas cuando existan razones serias y fundadas para litigar.

En el presente caso, los problemas presentados fueron complejos y demandaban una participación procesal intensa con argumentos jurídicos problemáticos. Siendo así, es razonable eximir de las costas a los vencidos.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADOS** parcialmente los recursos de casación, por las causales de quebramiento de precepto procesal e infracción de precepto material, interpuestos en lo pertinente por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados A Y B contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete. **II. CASARON** parcialmente la sentencia de vista; y, en consecuencia: **1. ORDENARON** que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación, cumpliendo cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, respecto de (i) la revocatoria de la absolución del encausado A por delito de colusión agravada y su respectiva confirma; (ii) la confirmatoria de la condena al encausado B por delito de colusión agravada; (iii) la confirmatoria de la absolución a D y H por delito de colusión agravada; (iv) la revocatoria de la condena al encausado F y su absolución respectiva por el delito de peculado por apropiación; y, (v) la revocatoria de la imposición de medidas a la empresa I y su absolución respectiva respecto del delito de colusión agravada. **2.** Actuando como instancia, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, en la parte que condenando a E, F y K por delito de colusión agravada en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad para el primero y diez años de la misma pena a los restantes; con los demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, remitiéndose además copia certificadas de los actuados pertinentes al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la iniciación de la ejecución procesal de la condena y reparación civil a quienes resulten necesarios y su situación jurídica quedo firme. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder judicial. Intervino el señor Juez Supremo RBR, por licencia de la señora Juez Suprema EBA. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S. s.

S.M.C

P.T

S.V

C.M

B.R

CSM/amon

ANEXO 5

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO

Validez normativa y Técnicas de interpretación aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, emitida en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL del Distrito Judicial de Lima – Lima. 2019

	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN
G E N E R A L	¿De qué forma la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL del Distrito Judicial de Lima – Lima 2020?	Establecer la forma en que la validez normativa y las técnicas de interpretación son aplicadas en la Sentencia Casatoria de la Corte Suprema, en el Expediente N° 1397-2017/NACIONAL del Distrito Judicial de Lima – Lima. 2020
E S P E C I F I C O S	Subproblemas de investigación /problemas específicos (No se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis -informe solo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos	Objetivos específicos (Son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	<i>Respecto a la validez normativa</i>	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>
	¿De qué forma la validez normativa es aplicada, teniendo en cuenta la validez , en función a la validez formal y validez material ?	Establecer la validez normativa , teniendo en cuenta la validez, en función de la validez formal y validez material.
	¿De qué forma la validez normativa es aplicada, teniendo en cuenta la verificación de la norma, en función del control difuso ?	Establecer la validez normativa, teniendo en cuenta la verificación de la norma, en función del control difuso.
	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>
	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas, teniendo en cuenta la interpretación en función de sujetos, resultados y medios?	Establecer las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación, en función de sujetos, resultados, y medios.
	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración?	Establecer las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración.

	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas, teniendo en cuenta la argumentación, en función de las cuestiones de interpretación, vicios de la argumentación jurídica y los métodos de la argumentación?	Establecer las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación jurídica, en función de las cuestiones de interpretación, vicios de la argumentación jurídica y los métodos de la argumentación.
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

