



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE
LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL
EXPEDIENTE N° 0634-2007-95-1618-JR-PE-01, DEL
DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD – CHIMBOTE. 2017**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

AUTORA

Bach. ROSELINA ESPERANZA RAMOS ALFARO

ASESORA

Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURÍ

CHIMBOTE - PERÚ
2017

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. Braulio Jesús Zavaleta Velarde
Presidente

Mgtr. Paul Karl Quezada Apián
Secretario

Mgtr. Nicolás Heraclio Ticona Carbajal
Miembro

Ms. Rosina Mercedes Gonzales Napurì
Asesora

AGRADECIMIENTO

A Dios, sobre todas las cosas.

**A mis familiares, amigos y maestros
por ver culminada la Tesis, muestra de
reflejo de dedicación y esfuerzo por alcanzar
dicha meta en el campo profesional .**

Roselina Esperanza Ramos Alfaro

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 0634-2007-95-1618- JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017?; el objetivo general fue: determinar las técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa. Es 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 incompatibilidad normativa no se presentó en la sentencia de la Corte Suprema, aplicándose para ello en forma inadecuada las técnicas de interpretación. En conclusión, al no ser adecuadamente aplicadas no permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema se encuentre debidamente motivada, es decir, argumentar en dar razones en apoyo de las premisas del razonamiento judicial.

Palabras clave: aplicación; derecho fundamental; motivación y sentencia.

ABSTRACT

The research was problem: How interpretation techniques are applied in the incompatibility rules, from the judgment of the Supreme Court in case N°. 0634-2007-95-1618- JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017?; the overall objective was: to determine the techniques applied in the rules interpretation incompatibility. It is quantitative-qualitative (mixed); exploratory level - hermeneutical; design dialectical hermeneutical method. The sample unit was a court record, selected by convenience sampling; to collect data observation techniques and analysis of content was used; and as a checklist instrument, validated by expert judgment. The results revealed that the normative incompatibility was not presented in the judgment of the Supreme Court, also applying inadequately the techniques of interpretation. In conclusion, being inadequately applied do not allow the Supreme Court's ruling to be duly motivated, that is, to argue in giving reasons in support of the premises of the judicial reasoning .

Keywords: application; fundamental right; motivation and sentence.

CONTENIDO

	Pág.
1. Título de la tesis	i
2. Hoja de firma del jurado y asesor.....	ii
3. Hoja de agradecimiento.....	iii
4. Resumen	iv
5. Abstract	v
6. Contenido (Índice).....	vi
7. Índice de cuadros.....	x
I. INTRODUCCIÓN	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA	6
2.1. Antecedentes	6
2.2. Bases teóricas	8
2.2.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho	8
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho	8
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho	8
2.2.2. Incompatibilidad normativa	9
2.2.2.1. Conceptos	9
2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa	9
2.2.2.3. La exclusión	9
2.2.2.3.1. Criterios de validez de la norma.....	9
2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas	10
2.2.2.3.3. Las normas legales	13
2.2.2.3.4. Antinomias	14
2.2.2.4. La colisión	15
2.2.2.4.1. Concepto.....	15
2.2.2.4.2. Control Difuso.....	15
2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad.....	16
2.2.2.4.4. Estructura del test de proporcionalidad	18
2.2.2.4.5. Pasos del test de proporcionalidad	19
2.2.3. Técnicas de interpretación	21
2.2.3.1. Concepto.....	21
2.2.3.2. La interpretación jurídica	21

2.2.3.2.1. Conceptos	21
2.2.3.2.2. Función e importancia de la interpretación jurídica.....	21
2.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos.....	21
2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados.....	22
2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios	23
2.2.3.3. La integración jurídica	25
2.2.3.3.1. Conceptos	25
2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica.....	25
2.2.3.3.3. La analogía como integración de la norma	25
2.2.3.3.4. Principios generales.....	34
2.2.3.3.5. Laguna de ley	35
2.2.3.3.6. Argumentos de interpretación jurídica	35
2.2.3.4. Argumentación jurídica.....	36
2.2.3.4.1. Concepto.....	36
2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación	37
2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes	37
2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto.....	39
2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos	49
2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica	54
2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial.....	56
2.2.4. Derechos fundamentales	57
2.2.4.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales	57
2.2.4.2. Conceptos	57
2.2.4.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho	58
2.2.4.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho.....	58
2.2.4.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.....	59
2.2.4.5.1. Dificultades epistemológicas.....	59
2.2.4.5.2. Dificultades lógicas	60
2.2.4.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio	60
2.2.4.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio	61
2.2.5. Recurso de casación	66
2.2.5.1. Conceptos	66
2.2.5.2. Fines del recurso de casación penal	67
2.2.5.3. Características de la Casación	73

2.2.5.4. Causales para la interposición de recurso de casación	76
2.2.5.4.1. Infracción de preceptos Constitucionales.....	76
2.2.5.4.2. Infracción de normas procesales	77
2.2.5.4.3. Infracción a la logicidad de la sentencia	77
2.2.5.4.4. Apartamiento de la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema.....	77
2.2.5.2.4. Causales según caso en estudio	78
2.2.5.5. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación	79
2.2.5.5.1. Requisitos de fondo.....	79
2.2.5.5.2. Requisitos de Forma.....	80
2.2.5.6. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación.....	80
2.2.5.7. Clases de Casación	82
2.2.5.7.1. Por su amplitud.....	82
2.2.5.7.2. Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento.....	83
2.2.5.8. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano	83
2.2.6. Derecho a la debida motivación	89
2.2.6.1. Importancia a la debida motivación	89
2.2.6.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces.....	89
2.2.7. La sentencia	91
2.2.7.1. Etimología	91
2.2.7.2. La sentencia penal	91
2.2.7.3. Naturaleza jurídica de la sentencia.....	92
2.2.7.4. Motivación de la sentencia.....	92
2.2.7.5. Fines de la motivación.....	92
2.2.8. El razonamiento judicial.....	93
2.2.8.1. El silogismo.....	93
2.2.8.2. La importancia del razonamiento jurídico	94
2.2.8.3. El control de la logicidad	94
2.3. Marco Conceptual	95
2.4. Sistema de hipótesis.....	96
2.5. Variables	96
III. METODOLOGÍA.....	97
3.1. El tipo y nivel de la investigación	97
3.2. Diseño de la investigación.....	98
3.3. Población y muestra	98

3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores.....	98
3.5. Técnicas e instrumentos	100
3.6. Plan de análisis	100
3.7. Matriz de consistencia.....	102
3.8. Consideraciones Éticas.....	107
IV. RESULTADOS	108
4.1. Resultados	108
4.2. Análisis de resultados.....	167
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	180
5.1. Conclusiones	180
5.2. Recomendaciones.....	182
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	184
ANEXOS:	190
ANEXO 1: Cuadro de Operacionalización de las Variables	191
ANEXO 2: Cuadro descriptivo del procedimiento de recolección, organización, calificación de datos, y determinación de la variable.	194
ANEXO 3: Declaración de Compromiso Ético.	201
ANEXO 4: Sentencia de la Corte Suprema.....	202
ANEXO 5: Matriz de consistencia lógica	220
ANEXO 6: Instrumento de recojo de datos (Lista de cotejo)	221

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema	108
Cuadro 1: Con relación a la Incompatibilidad Normativa	108
Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación.....	139
Resultados consolidados de la sentencias de la Corte Suprema	165
Cuadro 3: Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas de Interpretación	165

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución del presente informe de tesis, ha obedecido a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 09 (ULADECH, 2017), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; denominada “Técnicas de interpretación aplicadas a las incompatibilidades normativas, proveniente de las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú, 2015” (ULADECH, 2016), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú.

Como puede observarse del título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, ha quedado satisfecho con el análisis de la sentencia proveniente de la Corte Suprema, siendo esta materia de estudio, perteneciente a un proceso individual concluido, determinándose la técnica de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras que, el segundo propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia debidamente motivada, tomando en cuenta lo reflejado en el contenido del presente informe de tesis.

Por tal motivo, del propio Reglamento de Investigación (RI) se desprenderá el meta análisis, que es el resultado en términos generales de la línea de investigación, del cual provendrán de los resultados alcanzados en el presente informe de tesis.

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 denominado 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, el cual fue validado previamente mediante juicio de expertos. Por lo que se evidencia que el presente informe de tesis contó con rigor científico en la propia recolección, identificación y análisis de datos obtenidos.

Por lo cual teniéndose en cuenta actualmente la nueva visión sobre el Estado de Derecho según el cual el Neoconstitucionalismo, partiendo del constitucionalismo, considera la primacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas, viniendo hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales.

Por lo que la norma suprema, es fuente de toda producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados, siendo su forma de interpretación y aplicación distinta, ya que anteriormente existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “subsunción”, muy distinto al nuevo método actualmente de la ponderación o balanceo.

Y ello se debe a que debido a la transformación de Estado legal de Derecho en estado Constitucional del Derecho, se haya producido el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución viniendo hacer actualmente el Estado Constitucional de Derecho la perfección del Ordenamiento Jurídico basado en la dignidad de la persona humana y en la defensa de los Derechos Fundamentales.

Por ello se comparte lo expuesto por Bidart (citado por Pérez, 2013) “Todo Estado tiene necesariamente un derecho fundamental y básico de organización, un Derecho que lo ordena, que lo informa, que le da estructura, que le confiere su singular modo de existencia política. Ese Derecho es el derecho Constitucional, es la Constitución del Estado”.

Puesto que en todo Estado Constitucional de Derecho o democrático de Derecho, la tendencia es permitir e incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, lo que significa que el Juez Ordinario (poder judicial) debe de resolver los conflictos teniendo en cuenta la interpretación que más garantía brinde derechos, o mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad y el derecho; y que en caso de darse colisión entre derechos el Juez cuenta con el mecanismo procesal de la ponderación como alternativa a la subsunción del caso a la norma jurídica.

Sin embargo, pese a que los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente seguridad jurídica para los justiciables; el Juez

ordinario al momento de la decisión de un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, evidenciándose una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial en casi todos los niveles; es decir, que los jueces y magistrados teniendo la función de administrar justicia no solo por defectos o vacíos en la ley, su deber al momento de emitir sentencia casatoria es de no solo integrar de ser el caso, sino de interpretar y argumentar adecuadamente tanto con normas constitucionales y normas legales para un caso concreto o que habiéndose llegado a nivel supremo con presencia de incompatibilidad normativa, no se le haya analizado como es debido, debiendo ser el primer paso a la solución de la misma a través de criterios de solución que es de conocimiento de todo magistrado, para luego incidir en el análisis del propio caso a resolver, a fin de dar cumplimiento a su función primordial.

En atención a ello, en toda sentencia casatoria emitida por la Corte Suprema, en materia penal, implicará la utilización de una interpretación y argumentación que sea acorde al conocimiento supremo que tienen los operadores, utilizando un razonamiento jurídico según la causal sustantiva o adjetiva que se presente en el caso, o de lo contrario, se deberá interpretar el error *in iudicando* o error *in procedendo* en las sentencias precedentes. Superando de esta manera que de los mismos impugnantes exista una comprensión sobre los fines que tiene el Recurso de Casación y no desnaturalizando su materia, considerándolo como una tercera instancia, no siendo una instancia de revisión como la apelación, sino un recurso extraordinario o que si se plantean recursos de casación éstos cuenten con un adecuado sustento, frente al escaso conocimiento de algunas de las casaciones sobre el fondo que vienen siendo emitidas por la misma Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, pese a que pasan por un filtro preliminar que es un auto de calificación.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante Recurso de Casación N° 14-2009-LA LIBERTAD. I.-Declararon INFUNDADO el recurso de casación por motivos de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado S. E. V. V., contra la sentencia de vista de fojas trecientos veintiuno, del dos de marzo del dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre del dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual- violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales

P.J.Z.A. y por el delito contra la libertad sexual- violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como se fijó quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor a cada uno de los agraviados. II.-CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado S. E. V. V.; ORDENARON que el juez de la investigación preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

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

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 0634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de La Libertad – Chimbote. 2017?

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

Determinar las técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 0634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de La Libertad – Chimbote. 2017

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

1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.
2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, y medios.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, a los principios generales, a la laguna de ley, y a argumentos de interpretación jurídica.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto, y a argumentos interpretativos.

El presente informe de investigación surgió de la problemática de la realidad social peruana, en donde pese a la no existencia de incompatibilidad normativa se evidenció que la sentencia que emite la Corte Suprema, carece de falta utilización adecuada de las técnicas de interpretación,

en las cuales se reflejan la falta de argumentación jurídica. En ese sentido, es importante el estudio correspondiente a las técnicas de interpretación sobre incompatibilidad normativa.

Motivo por el cual, los más beneficiados con la presente investigación serán los justiciables puesto que al concientizar y sensibilizar a los Magistrados respecto a la aplicación correcta de las técnicas de interpretación sobre incompatibilidad normativa, se tratará de evidenciar una sentencia debidamente motivada, en mérito al empleo un razonamiento judicial, basado en reglas y principios, aplicando la racionalidad y eficacia del análisis jurídico y del debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos del derecho, los cuales traerán como resultado la satisfacción de los justiciables.

Es entonces, que la investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que todo sentencia de nivel supremo deberá contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las normas constitucionales y legales, convirtiéndose en fuente de conocimientos y saberes para los estudiantes de derecho tanto de pre grado como posgrado.

La investigación contiene un valor metodológico, el que se logra evidenciar a través del procedimiento de recolección de datos, por medio del expediente judicial, el que goza de confiabilidad y credibilidad, el cual ha hecho posible analizar la sentencia emitida por nuestros Jueces y de ésta forma resolver la interrogante establecida en nuestro enunciado.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. Antecedentes

Yaipen (2012), en Perú, investigó: “*La casación en el Sistema Penal Peruano*”, y sus conclusiones fueron: **PRIMERA:** La casación es un recurso extraordinario, por cuanto su admisibilidad está limitada por las causales o motivos tasados, por su rigurosidad formal y por la limitación del Tribunal de Casación sobre el conocimiento y el juicio del recurso, restringido a la cuestión jurídica. Asimismo, no constituye una tercera instancia, ya que se limita a examinar la concepción jurídica causal de la decisión o la regularidad del proceder que haya conducido a esta.; **SEGUNDA:** El CPP ha regulado la casación penal como un recurso extraordinario, y conforme al objeto impugnado o las resoluciones que pueden impugnarse, ha previsto dos tipos de casaciones: ordinaria y excepcional.; **TERCERA:** La casación 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).; **CUARTA:** La casación excepcional es un supuesto abierto que permite al Tribunal de Casación determinar si un determinado caso concreto va contribuir al desarrollo de la doctrina jurisprudencial; se trata de una discrecionalidad seleccionadora complementaria, que opera para cumplir con la uniformidad de la jurisprudencia.; **QUINTA:** Las finalidades de la casación, que se manifestaron desde su nacimiento, evolución y se mantienen en la actualidad, se orientan al *ius constitutionis*, concretadas en la nomofilaxis o nomofilaquia y en la uniformización de la jurisprudencia; y al *ius litigatoris*, definida en la dikelología.; **SEXTA:** La finalidad nomofiláctica se entiende como elección y defensa de la interpretación justa, dirigida a establecer, a nivel general, el significado más justo atribuible a la norma.; **SÉTIMA:** La finalidad dikelógica se orienta a salvaguardar el interés de la parte procesal que busca justicia evitando resoluciones absurdas y arbitrarias.; **OCTAVA:** La casación responde al modelo que le proporciona el legislador interno, y sus finalidades están acorde con el sistema de recursos. Dentro del regulado por el CPP, la finalidad principal de la casación penal es la uniformización de la jurisprudencia.; **NOVENA:** La finalidad de uniformadora de la jurisprudencia busca salvaguardar dos valores-principios: la igualdad jurídica y la seguridad jurídica, garantizando así la existencia de una línea unitaria y constante de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, a nivel general.; **DÉCIMA:** La uniformización de la jurisprudencia se concreta

mediante la fijación de lo que se denomina *doctrina jurisprudencial*, que son aquellos principios o reglas jurídicas producto de la interpretación y aplicación de la norma, que realiza en máximo órgano jurisdiccional, teniendo como principal insumo un determinado hecho social con relevancia jurídica, y que tiene fuerza normativa para futuros casos similares. Por ello, toda sentencia casatoria, al margen del juicio de fundabilidad (fundado o infundado), debe fijar doctrina jurisprudencial.; **UNDÉCIMA:** El recurso de nulidad que prevé y regula el C de PP es un medio impugnatorio de conocimiento de la Corte Suprema, que persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia y autos emitidos por la Sala Penal Superior. No tiene como finalidad fijar doctrina jurisprudencial, por lo que, en su tratamiento judicial, no existe una selección para llevar los asuntos a la Corte Suprema.; **DUODÉCIMA:** La Corte Suprema, como Tribunal de Casación viene tratando al recurso de casación como el recurso de nulidad del C de PP, por cuanto en la mayoría de sentencias no está fijando doctrina jurisprudencial y, asimismo, porque está admitiendo casaciones excepcionales para fijar doctrina jurisprudencial sobre temas que han sido conocidos, previamente, en casaciones ordinarias, entendiendo como si estas no sirvieran para fijar doctrina; todo ello, impide el cumplimiento adecuado de su finalidad principal de uniformizar la jurisprudencia.; **DÉCIMA TERCERA:** El Interés Casacional es la *idoneidad del asunto* o el *criterio de relevancia* que trasciende al de las partes, que le permite al Tribunal de Casación cumplir con la finalidad uniformadora de la jurisprudencia de la casación. Está presente en toda resolución o sentencia que sea conocida por el Tribunal de Casación y se ubica en los motivos o las causales, pero entendidos no de manera abstracta, sino enfocados o vistos en forma concreta de un caso particular, pues son éstos los que delimitan el conocimiento del Tribunal de Casación y la base sobre la cual va fijar doctrina jurisprudencial.; **DÉCIMA CUARTA:** La falta de definición, en supuesto concreto y real, del Interés Casacional, impide cumplir eficazmente con la finalidad uniformadora de la jurisprudencia de la casación, sea *por exceso* o *por defecto*; en el primer caso, se manifiesta cuando se admiten casos irrelevantes que, en lugar de favorecer, pueden impedir la formación de la doctrina jurisprudencial; en el segundo, se presenta cuando se dejan fuera del ámbito del recurso de casación, casos significativos que pueden contribuir a la formación de doctrina jurisprudencial.; **DÉCIMA QUINTA:** La Corte Suprema, como Tribunal de Casación, ha identificado el Interés Casacional, por un lado, con los motivos casacionales, y por otro, con la necesidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial. Esta disconformidad de criterio afecta el cumplimiento adecuado de la finalidad principal de casación de uniformizar la jurisprudencia.;

DÉCIMA SEXTA: 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, conforme al contenido de los fundamentos proporcionados por la parte impugnante.; **DÉCIMO SÉTIMA:** La Voluntad Impugnativa no autoriza suplir los defectos de fundamentación de la pretensión impugnatoria que le corresponde a la parte que la postula, por lo que, tampoco permite cambiar o adecuar el tipo de postulación recursal, de casación ordinaria a casación excepcional; sin embargo, de manifestarse esta última forma de aplicación de dicha doctrina, no se afecta la finalidad principal de la casación, uniformadora de la jurisprudencia.; **DÉCIMO OCTAVA:** La Corte Suprema, como Tribunal de Casación, 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 viceversa; empero, esta práctica no afecta el cumplimiento de la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, de la casación.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho

2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de 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)

2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho

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

El estado constitucional son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador sino a una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cuantificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez. (p. 21)

El Estado constitucional de derecho es la orientación del estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la constitución. El reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentemente las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. (p. 23)

2.2.2. Incompatibilidad normativa

2.2.2.1. Conceptos

La incompatibilidad normativa es aquel conflicto normativo o entre normas que se contraponen, ya sea por su validez formal o material de la misma. En tal sentido, la incompatibilidad normativa se evidencia cuando existe una norma que prohíbe lo que otra norma permite, razón por lo cual el magistrado o juzgador deberá de resolver el conflicto normativo a través de la interpretación de la norma, empleando para ello la argumentación y las técnicas de interpretación. (Torres, 2006, p. 291)

2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa

La incompatibilidad normativa se fundamenta en la confrontación de la norma (ya sea ésta constitucional y norma legal); es decir, que cada vez que exista dos normas jurídicas que presenten incoherencias y contraste, existirá y se fundamentará la incompatibilidad normativa.

2.2.2.3. La exclusión

Entendiéndose al descarte de normas, según su rango, temporalidad o especialidad, de acuerdo a la materia.

2.2.2.3.1. 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:

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)

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)

A. Validez formal

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

B. Validez material

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

2.2.2.3.2. 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:**

- a) Constitución Política del Perú.
- b) Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- c) Los Tratados Internacionales que afecten disposiciones constitucionales.
- d) 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:

- a) Leyes orgánicas.
- b) Leyes ordinarias.
- c) Resoluciones legislativas.
- d) Reglamento del congreso.
- e) Decretos legislativos.
- f) Decretos de urgencia.
- g) Tratados internacionales.
- h) Normas regionales de carácter general.
- i) Ordenanzas municipales.
- j) Los decretos-leyes. (pp. 276-278)

➤ **Decretos:**

Conformado por:

- a) Convenios internacionales ejecutivos.
- b) Decretos supremos.
- c) Edictos municipales.
- d) Decretos de alcaldía. (pp. 278-279)

➤ **Resoluciones:**

- a) Resoluciones supremas.
- b) Resoluciones ministeriales.
- c) Resoluciones administrativas y circulares de la Sala Plena de la Corte Suprema, de la Corte Suprema, y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- d) Resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados.
- e) Resoluciones jefaturales de los organismos centrales
- f) Resoluciones viceministeriales y otras resoluciones del mismo rango.
- g) Resoluciones de los organismos públicos descentralizados.
- h) Acuerdos municipales.
- i) Resoluciones municipales.
- j) Resoluciones de alcaldía.
- k) Resoluciones directorales.
- l) Resoluciones jefaturales, etc. (pp. 279-280)

➤ **El derecho consuetudinario y los principios generales del derecho:**

Conformado por:

- a) Normas contenidas en los principios generales del derecho.
- b) 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:

- a) **Normas particulares:** contratos, testamentos, etc.
- b) **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)

2.2.2.3.3. Las normas legales

A. Las normas

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:

- a) 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.
- b) Constituye una orden, lo que supone la posibilidad de hacerla cumplir imperativamente, aún contra la voluntad de los sujetos.
- c) 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)

B. 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:

- a) Una resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas.
- b) 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.

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)

C. Normas de derecho objetivo

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

“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. (p. 143)

D. 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.

2.2.2.3.4. Antinomias

A. Conceptos

Desde un punto de vista analítico, parece más útil distinguir tres conceptos de antinomia, correlativos entre ellos tal como lo expone Chiassoni (2010):

- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas (que se asumen son) simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico (en seguida, no interesará más esta precisión, dándola por sobreentendida).
- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no pueda ser eliminada mediante interpretación.

- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no pueda ser eliminada mediante interpretación, ni pueda ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido. (p.272)

B. Antinomias en los razonamientos judiciales

En sede de análisis argumentativa de las sentencias (sin embargo el discurso sirve, como es obvio, también para los escritos doctrinales) conviene una advertida identificación y de una rigurosa conceptualización de las situaciones en que los jueces, en sus discursos, afrontan y resuelven problemas atinentes a “antinomias” o “conflictos normativos”, en el derecho positivo.

C. Las Antinomias como incompatibilidad normativa

El primer concepto de antinomia donde es una incompatibilidad entre dos normas, es un concepto genérico y estático. Pero ante todo, se trata de un concepto genérico: en efecto una antinomia es caracterizada como cualquier “incompatibilidad” entre dos “normas” cualesquiera que se asume son simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico. (pp. 272-273)

2.2.2.4. La colisión

2.2.2.4.1. Concepto

Se entiende por colisión a aquella confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma.

2.2.2.4.2. Control Difuso

Entiéndase a la interpretación constitucional como la técnica o herramienta que sirve para aclarar algún sentido dudoso o ambiguo de los enunciados o disposición constitucional, es decir; permite clarificar algo que está oculto para llegar a concretar la norma.

En la actualidad los tribunales cuentan con mecanismos apropiados para decidir cuándo una norma es contraria a la Constitución, no solo en los jueces constitucionales sino también en el juez ordinario, empero algunos jueces ordinarios aún se mantienen a la dogmática tradicional, a categorías conformadas en disciplinas particulares en forma especial en el campo del derecho privado, en una concepción formalista de justicia, evidenciándose que a la hora de decidir un

caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho.

En base a lo que viene aconteciendo, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación. Siendo así, se puede presentar la figura jurídica del Control Concentrado, la misma que es aplicado por el Tribunal Constitucional cuando se presenta una incompatibilidad de las leyes, la misma que debe entenderse como el control de la constitucionalidad de las leyes, siendo únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad también es llamado en la jurisprudencia como “test de razonabilidad”, “test de razonabilidad o proporcionalidad”, o “test de igualdad”. Por lo tanto, es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. (STC. Exp. N° 0027-2006-PI-TC de fecha 21.11.2007)

UNAM (s.f.) sostiene que el principio de proporcionalidad puede ser utilizado para asegurar la conciliación entre diferentes exigencias constitucionales, sea como condiciones de aplicación de un principio constitucional, sea como exigencia constitucional autónoma. Este principio que permite limitar un derecho o una libertad puede estar previsto en el texto constitucional mismo (...), o ser utilizada por el juez constitucional sin fundamento literal expreso.

B. Juicio de ponderación

Comprende la indeterminación de la Constitución, manifestándose de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades.

➤ **Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación:**

Desde la *perspectiva de la jurisdicción constitucional*, los conflictos se presentan cuando se confrontan el bien o valor constitucional protegido por la norma o medida pública que se enjuicia y otro bien o valor constitucional; en tanto que desde *la perspectiva de la jurisdicción ordinaria*, los conflictos se presentan cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto resultan relevantes al mismo tiempo dos bienes o valores constitucionales. En razón a ello cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que, o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Y por el contrario, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda valer el uno sobre el otro.

Por tal motivo (Gascón, 2003) señala que con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso. Contemplándose que a través de la ponderación, por cuanto búsqueda de una solución armonizadora de la importancia de los principios en el caso concreto, estimula el tipo de argumentación abierta a valoraciones, por lo que es una operación notablemente discrecional, por lo que se suele aludir como juicio de razonabilidad (p. 298).

➤ **Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad):**

La ponderación va dirigida a adoptar una decisión para resolver un supuesto litigioso cuando se plantee un conflicto de principios. Para ello primero habrá que construir una regla de precedencia condicionada, es decir; una regla que establezca las condiciones y requisitos, en que un principio precede al otro, y después proceder a formular la decisión propiamente dicha, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia.

Para la construcción de la regla, y la adopción de la decisión, sostiene (Gascón, 2003) que ha de cumplirse con la respectiva estructura de ponderación que se compone de cuatro pasos:

- i. **Fín legítimo.-** La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay ponderación, porque falta uno de los términos de comparación.

- ii. **Adecuación.**- La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención.
- iii. **Necesidad.**- Si la satisfacción de un bien o principio constitucional se alcanza a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, se debe escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.
- iv. **Test de proporcionalidad.**- En sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Dicho requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional (pp. 299-300).

➤ **Ponderación y subsunción:**

Si no existiera una colisión de principios el juez se limitará a subsumir el caso en la condición de aplicación de la ley sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y se requiere ponderar, la subsunción no queda arrinconada, por dos razones: En *primer lugar*, porque “el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna, es decir; es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios, por lo que hay que decidir que el caso enjuiciado puede ser subsumido tanto en el tipo civil como en el Derecho fundamental. Y en *segundo lugar* porque, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de decisión, ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

2.2.2.4.4. Estructura del test de proporcionalidad

La Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de octubre de 2005 en el Exp. N° 0045-2004-PI-TC sobre Proceso de Inconstitucionalidad, configuró finalmente el test de proporcionalidad, indicando:

Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres sub principios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

2.2.2.4.5. Pasos del test de proporcionalidad

A. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación

Este primer paso está vinculado a los problemas de desigualdad y discriminación. Debería ser utilizado cada vez que se trata de ellos y no debería serlo si se trata de derechos distintos. Este primer paso tiene que ver con el siguiente dilema: en general, si dos situaciones de hecho son iguales, tienen que recibir tratamiento distinto.

B. Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad

La intensidad de la intervención fue tratada con extensión, inicialmente, en la siguiente sentencia:

32. “Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave,
 - Intensidad media,
 - Intensidad leve.
- a) Una intervención es de **intensidad grave** cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.
- b) Una intervención es de **intensidad media** cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- c) Una intervención es de **intensidad leve** cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional. (STC. Exp. 0045-2004-PI-TC de fecha 29.10.2005)

C. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)

La diferenciación debe sustentarse en una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva o razonable, de acuerdo con ciertos juicios de valor generalmente aceptados. Es por ello que no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato cuando este se basa en supuestos de hecho o situaciones abiertamente subjetivas. (STC. Exp. 0018-2003-AI-TC de fecha 26.04.2006)

D. Examen de idoneidad

Es el cuarto paso del test de proporcionalidad. En algunas oportunidades el Tribunal Constitucional comienza por él como primer paso; cuando lo hace, tiene que improvisar el análisis descriptivo del fin buscado (tercer paso del test) porque no lo ha hecho específicamente antes. (STC N° 0045-2004-TC, Fundamento 33, emitida el 29.10.2005)

El examen de idoneidad supone la “legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada”, en tal sentido se aplica a todo estudio de injerencia en los derechos constitucionales, no solo a los casos relativos al derecho de igualdad; además el fin que se busque con la diferenciación debe ser constitucionalmente legítimo, es decir “hay que probar la conexión entre la intervención en el derecho como causa y el cumplimiento del fin propuesto como efecto de aquella”. (pp. 62-63)

E. Examen de necesidad

El examen de necesidad propone que el juez constitucional revise si existen otros medios de lograr el fin constitucional que sean menos gravosos al derecho afectado. Si los hubiera, el hecho o la norma sometida a control deberá ser declarado o declarada inconstitucional. Si no hubiera otra posibilidad entonces el hecho o la norma serán declarados inconstitucionales. (p. 72)

F. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

40. Proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwagung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización de fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad.

La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a esta: “Cuando mayor es el grado de la o satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (Exp. N° 0045-2004-PI-TC)

2.2.3. Técnicas de interpretación

2.2.3.1. Concepto

Las técnicas de interpretación son esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.

2.2.3.2. La interpretación jurídica

2.2.3.2.1. Conceptos

Castillo (2004) señala que la interpretación jurídica reviste de particularidades y cuenta con problemas distintos según el sistema jurídico a los que se refiera y al tipo de normas que se pretenda interpretar, ejerce una influencia decisiva las clases de lenguaje legal existentes. (p. 12)

En el Derecho Penal cobra particular importancia la interpretación de la ley penal, dado que – por la vigencia irrestricta del principio de legalidad- constituye la única fuente autorizada para la creación y modificación de los delitos y las penas. (p. 14)

2.2.3.2.2. 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 al orden jurídico. (Castillo, 2004, p. 15)

La interpretación de las normas jurídicas encuentra su fundamento en la necesidad de establecer patrones objetivos de carácter racional y permanente sobre los que una determinada conducta será enjuiciada, permitiendo la aplicación en toda su dimensión del principio de igualdad en el sentido que conductas o hechos semejantes, en cuanto a sus presupuestos típicos, tendrán tratamiento igual. (Castillo, 2004, p. 26)

2.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos

Al respecto de Gaceta Jurídica (2004) sostiene que la doctrina, impulsada muchas veces más por razones pedagógicas que por una verdadera importancia práctica, distingue la interpretación

según el autor o el sujeto que lo formule, diferenciando para ello entre una interpretación auténtica, interpretación judicial e interpretación doctrinal. (pp. 47-48)

Siguiendo al mismo autor:

A. Auténtica

Es aquella que realiza el mismo órgano sujeto que expidió de la norma jurídica, mediante la emisión de otro precepto de igual jerarquía. Puede ser realizada por el mismo órgano competente para regular la materia del precepto [legislativo, ejecutivo y judicial], o la misma parte legitimada para regular la declaración preceptiva [negocio jurídico, tratado acto administrativo]. No es indispensable que se formule por las primeras personas o individuos en caso se trate de órganos o poderes públicos, pues lo obliga y adquiere fuerza vinculante no es quién lo emitió, sino la función o rol político-jurídico que desempeños. (p. 48)

B. Doctrinal

Es la realizada por los científicos del derecho, cuya dirección apunta a determinar el sentido de la ley, vinculándola a otros preceptos del ordenamiento jurídico, construyendo así un sistema lógico-sistemático capaz de darle una correcta ubicación y una coherencia necesaria.

Esta interpretación no tiene la obligatoriedad de la interpretación auténtica o judicial, pro cumple la función de desarrollar el Derecho imprimiéndole una lógica y coherencia interna necesaria, dotándole para ello de una sólida nacionalidad y una base científica amplia. Tiende a ser más flexible que la judicial; y también más sistemática, general y unitaria. (pp. 54-55)

C. Judicial

A diferencia de la interpretación auténtica, no tiene una eficacia general de obligatorio cumplimiento, sino que es vinculante solo para el caso concreto. La interpretación judicial no es solo aplicación del derecho a un caso concreto, sino que presupone una interpretación de la norma o del derecho. (...) Está sujeta a control según la jerarquía y competencias de los órganos jurisdiccionales: un Juez o Tribunal Superior puede enmendar u ordenar corregir [la defectuosa] interpretación de la ley realiza por dichas autoridades por tal recaudo. (p. 52)

2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Vinculada a la problemática de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación se encuentra la larga, y a nuestro criterio la polémica, respecto a los resultados de la interpretación según se administre tradicionalmente, puede ser: declarativa, restrictiva o extensiva, y que se reúne bajo la rotulación genérica de interpretación correctora. Dicha posición parte, del principio de la experiencia que la ley dice en ocasiones más de lo que quiso decir o, a la inversa, dice, menos de lo que se pretendió. La Interpretación extensiva abriría el camino para llenar los vacíos de legislación, la estricta para aplicar la ley a los casos o comprendidos en su tenor literal y la restrictiva para limitar su aplicación a supuestos determinados sin que se abarque todo su sentido literal. (p. 42)

A. Restrictiva

La interpretación restrictiva aparece, según se sostiene, por la necesidad de limitar el amplio tenor legal. La ley dice más de lo que quiere decir. La interpretación extensiva surge cuando las palabras de la ley se deben extender en base a su estrecho y limitado tenor, apoyándose en el argumento a fortiori y el argumento analógico. (p. 42)

B. Extensiva

Adquiere algún significado cuando sirve para precisar la relación de las normas jurídicas con la libertad civil o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Muchas veces una interpretación restrictiva o de limitación del alcance de un precepto favorecerá la expansión de las cuotas de libertad, mientras que su interpretación amplia [extensiva] determinará una reducción de las cuotas de libertad. (pp. 42-43)

C. Declarativa

Bramont Arias (citado por Torres, 2006) señala que la “interpretación es declarativa, cuando se establece la conformidad de la letra de la ley con la voluntad de esta, o en otros términos, cuando el resultado de la interpretación ideológica coincide con la gramatical, en el sentido de que se limita a precisar el significado de una expresión que aparece indeterminado o ambiguo”. (p. 547)

La interpretación declarativa en sentido lato es cuando se interpreta a la palabra en toda la amplitud de su posible significado. Por otro lado, la interpretación declarativa en sentido estricto, se restringe el significado de la palabra a uno de los varios significados que en sí misma puede contener. (Torres, 2006, p. 548)

D. Pragmática

Denominado también interpretación de los intereses, se trata de aclarar el interés que guió al legislador que dio la ley. (Torres, 2006, p. 576)

2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios

A. Literal

Llamado también gramatical o filológico, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Este fue el método propio de los glosadores, que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras. (Torres, 2006, p. 552)

B. Lógico-Sistemático

Interpretar en forma lógica un enunciado normativo, o conjunto de ellos, supone derivar de estos las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas. Conduce a decisiones racionales derivadas de la reconstrucción de premisas normativas extraídas del ordenamiento jurídico; es decir, los procesos de interpretación jurídicos son actos de voluntad por los cuales se establece la validez y eficacia de unas normas ante otras, o se aplica una solución normativa frente a otra solución. (Torres, 2006, pp. 558-559)

Bramont Arias (citado por Torres, 2006) señala que la interpretación sistemática consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer. (p. 566)

Reale (citado por Torres, 2006) señala que la interpretación lógica-sistemática son dos aspectos de una misma labor de orden lógico, puesto que las normas jurídicas han de ser consideradas orgánicamente, pues dependen unas de las otras y se exigen mutuamente a través de un nexo que la ratio iuris explica y determina. (p. 566)

C. Histórico

El intérprete debe indagar no solo la voluntad del creador de la norma, sino en especial la voluntad objetiva de ella que lo conduzca a encontrar la solución justa. De esto se deduce que la interpretación histórica se divide en una investigación sobre el origen histórico de las normas y en una investigación sobre la evolución histórica del contenido de las normas. (Torres, 2006, p. 567)

D. Teleológico

La interpretación ideológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines. Mediante la interpretación teleológica, frente a un caso concreto, se establecerá cuál

de los fines, de entre los varios a que tiende el ordenamiento, es el normativo decisivo. (Torres, 2006, p. 574)

Con el criterio teleológico de interpretación se propende a la realización de los principios ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. Estos principios tienen una configuración distinta en la regulación de cada sector de la realidad social. (Torres, 2006, p. 574)

2.2.3.3. La integración jurídica

2.2.3.3.1. Conceptos

Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma. (Torres, 2006, p. 606)

2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica

La integración jurídica tiene por finalidad que ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se aplique dicha integración, y por ende, llenan vacíos legales o deficiencias de la ley. (Torres, 2006, p. 606)

2.2.3.3.3. La analogía como integración de la norma

Se entiende por analogía al proceso mediante el cual se resuelve un caso penal no contemplado por la ley, argumentando la semejanza del acontecimiento real legalmente imprevisto con un tipo que la ley ha definido o enumerado en su texto para casos semejantes. En otras palabras, con la analogía se procura aplicar un tipo penal a un supuesto de hecho que la ley no ha previsto, por tanto, la analogía no es propiamente una forma de interpretación legal, sino de aplicación. (REA, s.f., p. 547)

En la aplicación de la ley, se exige determinar cuáles son los supuestos que se hallan recogidos por estos, donde no se debe rebasar los límites que la ley determina en la adecuación de ciertos supuestos, pues cualquier violación a estos límites implicaría contradecir la vigencia de la garantía de prohibición de la analogía. Es por ello que su tratamiento “está relacionada con la problemática de la interpretación”. (REA, s.f., p. 547)

Así, la interpretación viene a ser la aclaración fundada de la letra y del espíritu de las normas legales, para conocer su verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general en un caso particular. La diferencia entre interpretación (no sólo permitida, sino necesaria) y analogía (prohibida únicamente si perjudica al reo) radica en que la primera es la búsqueda del sentido o significado del texto que se halle comprendido en el precepto legal (de ahí que para ser considerada como tal deba permanecer dentro de los límites del “sentido literal posible” del texto legal), mientras que la segunda desborda los límites que permiten su interpretación, suponiendo

la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otro sí comprendido en el texto legal. (REA, s.f., pp. 547-548)

A. La analogía *malam partem*

➤ **Delimitación de la analogía *in malam partem*:**

El contenido derivado de la prohibición de analogía en el Derecho Penal es el de excluir su empleo como método de integración en la creación o agravación de delitos y de penas. Con la prohibición de analogía se busca la vinculación del juez a la ley; y en su justificación concurren razones preventivo- generales, postulados que se derivan del principio de intervención mínima. Según Castillo, (2004) afirma el Derecho Penal contemporáneo prohíbe la creación de un Derecho Penal nuevo o ajeno al previsto por la ley (analogía *iuris*) o la ampliación a supuestos que no encajan en su texto (analogía *legis*). (p.131)

Las lagunas no pueden ni deben ser colmadas por la analogía a pesar que exista una identidad de razón sobre la base de casos semejantes. Debido a que las razones de justicia a las que obedece la analogía han de ceder ante la seguridad jurídica cuya manifestación es el principio de legalidad.

En las leyes penales en blanco que consisten en remitir los presupuestos de punibilidad a una norma extrapenal rige también la prohibición de analogía. No se puede extender por analogía los supuestos descritos en estas disposiciones, por más conveniencia político-criminal que exista, como tampoco se pueden ampliar las prohibiciones y obligaciones que provengan de una norma distinta a la pena.

➤ **La prohibición de analogía *in malam partem*:**

✓ **Definición, función y clases:**

García (citado por Castillo, 2004) sostiene que la analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos (o más) hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia. La analogía no supone identidad o igualdad plena, sino simplemente semejanza en los elementos esenciales; de allí que se hable de igualdad parcial o situaciones parcialmente iguales (p.97). Por ello la analogía no crea un derecho nuevo, descubre uno ya existente, integra una norma establecida para un caso previsto por el legislador a otro patentado por la vida social.

La analogía constituye un método de autointegración del Derecho, el cual se emplea para colmar lagunas jurídicas y se contrapone al método de heterointegración. Sin la existencia de lagunas en el Derecho no puede plantearse ningún método o procedimiento de integración. En razón a ello los procedimientos de autointegración más importantes son la analogía y los principios generales del derecho.

Por lo que se apunta que la analogía es un procedimiento de integración del Derecho, o de complementación jurídica, desde el momento que sirve como un mecanismo para integrar o cubrir las lagunas del Derecho positivo (Derecho legal o consuetudinario), cuestión que supone la ausencia de una regulación normativa para el caso que se pretende resolver. Cabiendo señalar que la analogía, como procedimiento de integración del derecho, desaparece en la medida que exista una norma jurídica que prevea o regule el caso que se pretende resolver.

La particularidad que caracteriza a la analogía jurídica de la analogía lógica es la presencia de un juicio de valor, de una estimación o de una razón que justifique el tratamiento igual a las dos situaciones que se comparan. La esencia de *la analogía jurídica* no es el encontrarse frente a dos situaciones parecidas, ni relacionarse con la aplicación de leyes lógicas, sino que se funda en respetar un mismo fundamento jurídico o lo que se conoce como una misma ratio legis.

La única manera que se garantice la validez y corrección de la *analogía jurídica* en cualquiera de sus modalidades: la analogía legis o a la analogía iuris es respetando las premisas que exige el razonamiento lógico. Lo mismo se desprende de lo sostenido por Larenz (citado por Castillo, 2004) en donde en la Teoría General del Derecho y también la Dogmática Penal vienen distinguiendo dos clases o formas de analogía: la analogía legis y la analogía iuris: La *analogía legis*, llamada correctamente también analogía particular, parte de una proposición jurídica particular o de una norma concreta, la cual se aplica a un caso no previsto por ella y que es semejante a los supuestos que regula.

Esta clase de analogía va de lo particular a lo particular y representa su modalidad; *la analogía iuris* en realidad recurre a un procedimiento lógico de tipo inductivo que va de lo particular a lo general, el cual busca aplicar un criterio o principio específico a determinados supuestos que no se encuentran regulados. (pp. 103-104)

Razón de ello es las posibilidades y el ámbito de su aplicación no pueden ser objeto de un uso indiscriminado y exagerado. El uso de la analogía no debe partir de la necesidad de colmar determinadas lagunas normativas (de la ley o de la costumbre), sino de la *comprobación previa de sus requisitos*. Las lagunas de la ley no solo se cubren mediante la analogía; ella solo es uno y solo uno de los procedimientos de integración conocidos. Queda todavía el recurso de los principios generales del Derecho, los fines del ordenamiento jurídico (justicia, seguridad jurídica, bien común) o también la libre valoración del juez.

Por lo que el ámbito de aplicación de la analogía se ve reducido por el tipo de normas al que se pretenda aplicar o según la clase de disciplina jurídica a la que pertenezcan. *Así por ejemplo*, las disposiciones jurídicas que restrinjan derechos o limiten libertad o las normas de excepción que pueden encontrarse en cualquier parte del ordenamiento jurídico no deben ser aplicadas analógicamente.

✓ **Requisitos:**

La aplicación de la analogía está sometida a la concurrencia de ciertos requisitos ineludibles de obligatoria observancia, entre los que destacan:

- ***Existencia de lagunas en el Derecho positivo***

Tal como lo señala Castillo (2004) la primera condición para que prospere la aplicación de la analogía en los diversos sectores del ordenamiento jurídico es la necesidad que se compruebe previamente que el derecho tiene lagunas o lo que es lo mismo que no hay una regulación específica para un caso o un conjunto de supuestos que, pese a existir en la vida jurídica, no se encuentran previstos por alguna norma del ordenamiento jurídico.

En estos casos el operador jurídico (juez) se encuentra con un hecho o un conflicto de intereses que gozando de relevancia jurídica no están regulados en norma alguna del Derecho positivo (legal o consuetudinario) y cuya solución no es posible plantearla a través de la interpretación, cualquiera fuese su clase. La única manera de resolver el problema es apelando a los mecanismos de integración del Derecho.

- *Identidad de la Razón*

Sin este requisito cualquier intento de declarar procedente la analogía carecería de toda base y rigor jurídico. La doctrina establece que el estudio del requisito de la identidad de razón debe dividirse en dos grandes partes: 1) La necesidad de semejanza entre el caso regulado y el caso no previsto; y 2) la identidad de razón y fundamento entre ambos supuestos, que haga viable la aplicación de una norma (analogía legis) o un instituto jurídico (analogía iuris) al supuesto no regulado.

Se hace necesaria la convergencia de ambos requisitos que, en una unidad indisoluble, logre vincular la similitud de casos con la identidad de razón.

La semejanza de dos relaciones o en este caso, de dos hechos implica sostener: a) que ambos no son idénticos o iguales, ya que de ser así no sería necesario acudir a tipo alguno de procedimiento de integración, pues bastaría la aplicación directa e inmediata de la ley que regula ambos casos (idénticos); b) Que ambos supuestos no son diferentes o completamente desiguales.

B. La analogía bonam partem

➤ **Alcances de la analogía in bonam partem:**

De admitirse esta, su extensión y amplitud han de tocar todos los ámbitos del Derecho Penal: tanto en su parte general como en su parte especial, aplicándose sin restricción alguna. Tal como refiere Castillo (2004) Esto ha sido remarcado de manera mayoritaria por la doctrina penal que se ha pronunciado sobre el tema. En la parte especial se puede recurrir al procedimiento analógico siempre y cuando además de cumplirse con los presupuestos de la analogía se favorezca con ello al reo (p.128).

Como terreno de aplicación se ubica en nuestra parte especial del Derecho Penal, donde se puede citar en caso de excusa absolutoria entre parientes (Artículo 208 del C.P) propia de los delitos contra el patrimonio, que debe extenderse también al delito de receptación, además de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños, si es que no se quiere llegar a brindar un tratamiento desigual a conductas que tienen una semejanza material e igual identidad de razón.

Asimismo, la analogía es válida en las circunstancias de atenuación de la pena, en las eximentes, en las causas de levantamiento personal de la pena o cualquier otra forma de exclusión de la punibilidad. Las causas de justificación o las causas de inculpabilidad también son objeto de aplicación analógica.

A pesar de que la aplicación analógica de las causas de justificación pueda redundar en la ampliación de la zona de lo ilícito o en perjuicio de terceros (porque se los obliga a tolerar una afectación a sus bienes jurídicos), se apunta como refiere Castillo (2004) que esta ampliación se produce solo “indirectamente” y no de modo directo. Como ejemplo de la validez de la analogía en este campo se citan casos de legítima defensa anticipada, en la que si bien falta un peligro inminente, el sujeto se encuentra en una situación análoga. V gr. Una joven se encuentra secuestrada y encerrada en una estancia y mata al hombre dormido antes de que este se despierte porque le había anunciado que la iba violar luego de su siesta (p.130).

C. Fundamento de la analogía

Gonzales (citado por Torres, 2006) señala que el elemento decisivo lo constituye la identidad de razón, siendo la semejanza apenas “el indicador que conduce a buscar la norma en la que habrá de investigarse la razón de su aplicación al supuesto específico, para volver a indagar si el semejante contiene todos los elementos precisos que dan lugar a la identidad de razón”. (p. 620)

La identidad de la razón debe darse en ambos supuestos de hecho: el regulado y el semejante. La voluntad presunta del legislador es un concepto demasiado relativo, pues nadie puede saber con certeza en qué consiste una voluntad que todavía no ha sido expresada (declarada) porque al no haber sido exteriorizada pertenece al mundo interno, síquico, del individuo, y del juez (y, en general, la persona versada en derecho). (Torres, 2006, p. 620)

D. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico

La Constitución Política del Perú en su artículo 139 inciso 9 consagra el principio de “inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos”. El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil dispone que: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. El artículo III del Título Preliminar del Código Penal prescribe que: “No es permitida la analogía para calificar un hecho como

delito o falta, definir un estado de peligrosidad, o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda”.

La norma que regula la analogía en la Constitución tiene su aplicación a todas las áreas y sectores del ordenamiento jurídico, sin excepción o restricción alguna, dado su carácter de norma superior en jerarquía y nivel.

Por lo que la Constitución no alude a la prohibición de aplicar por analogía a las leyes excepcionales, pues se limita a mencionar a las leyes penales y a las normas que restrinjan derechos. En realidad, la única interpretación posible del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Civil es que su ámbito de aplicación se circunscribe a las normas que imponen sanciones jurídicas negativas que son las que afectan o restringen el ejercicio de un derecho o determinado bien jurídico.

Sin embargo queda por resolver el problema de si las normas que prohíben o mandan realizar un comportamiento pero no imponen una determinada consecuencia jurídica deben considerarse incursas dentro de la prohibición constitucional aludida, que esta pueden aplicarse por analogía, pues el precepto constitucional solo se refiere a la aplicación de las normas que imponen determinadas cargas coactivas que afectan a los derechos de los ciudadanos y no a cualquier tipo de prohibición o mandato. Por ello *el principio de la no aplicación de la analogía perjudicial* no busca limitar a las prohibiciones o mandatos del orden jurídico, sino la imposición de cargas o de consecuencias gravosas, no olvidándose que la esencia de la analogía reside en el tratamiento igual a casos semejantes que poseen una misma identidad de razón, entendiéndose por tratamiento igual a la aplicación de las mismas consecuencias o sanciones.

De la regulación constitucional y del título preliminar de la analogía, y de recurrir al argumento lógico del a contrari sensu, *se pueden obtener tres conclusiones* respecto a su permisión: a) La analogía no se encuentra prohibida cuando puede ser utilizada para conceder un derecho o un beneficio, siempre que exista una laguna normativa y además concorra una identidad de razón. El campo más importante de su aplicación será las normas que instauren sanciones premiales o positivas; b) cuando la aplicación del recurso de la analogía no supone algún perjuicio o beneficio, sino solo la solución de una incertidumbre jurídica, ejemplo, en el campo no

contencioso; c) cuando la analogía puede permitir la atenuación o la extinción de la responsabilidad penal, ya sea por la aplicación analógica de una circunstancia atenuante o de una circunstancia eximente, como suelen ser, por ejemplo, las causas de justificación o de inculpabilidad.

Sin embargo cabe afirmar que la legislación penal peruana, específicamente en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, prescribe que: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda”. Dicha disposición legal según Castillo (2004) restringe la aplicación de la analogía solo a tres casos:

“a) Para calificar el hecho como delito o falta; b) Para definir un estado de peligrosidad; c) Para determinar la pena o la medida de seguridad. En el *primer supuesto* se prohíbe calificar un hecho como delito o falta al no encontrarse previsto en la ley, ya sea porque la supuesta figura delictiva nunca ha existido, porque se encuentra derogada o porque no se encuentra recogido por el tenor de la ley (sentido literal posible). Lo que se prohíbe es que sobre la base de un supuesto de hecho solo inmoral, o que no se encuentra previsto dentro de la norma, se imponga una pena o medida de seguridad. En el *segundo caso* se prohíbe aplicar la analogía para homologar un estado peligroso determinado como presupuesto para la imposición de una medida de seguridad o para instaurar otra medida jurídica. En el *tercer supuesto*, la ley prohíbe aplicar una pena o medida de seguridad por analogía en base a la gravedad del hecho, si estas no se encuentran reguladas en la ley o no son las que el respectivo delito contiene o tiene previstas.

Por ello es necesario realizar una interpretación sistemática que de la mano de una interpretación según la Constitución, se conduzca a hacer compatible y homogeneizar la disposición del Título Preliminar con el artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política. Ello franquearía el procedimiento para entender que el Código Penal *regula solo unos casos, muy contados*, en los que debe aplicarse la prohibición de analogía y que por recurrir a una fórmula casuística deja fuera, sin razón aparente, una constelación de supuestos no menos importantes, de suma trascendencia para garantizar el irrestricto valor del principio de legalidad. Solo así se podrían evitar los perniciosos efectos de la aplicación de analogía *in malam partem*, al menos desde el punto de vista normativo, imprimiéndole un hondo contenido garantista de inapreciable valor para limitar el derecho judicial”. (pp. 118-123)

E. La analogía en Derecho Penal

➤ Carácter de la prohibición de analogía:

La razón fundamental para admitir la analogía *in bonam partem* se encuentra en el mismo origen y sentido del *principio de legalidad*, que nace como una garantía y principio al servicio del ciudadano, que como señala Castillo (2004) el cual exigía como condición para recibir un castigo que el hecho se encuentre previsto con anterioridad en una ley escrita y estricta.

F. Analogía e integración en el derecho penal

Según el autor Castillo (2004) refiere que el primer problema que deriva de cuándo debe o no acudirse a la analogía *in bonam partem* o cuándo se encuentra prohibida la analogía *in malam partem* nace de la necesidad de esclarecer la delimitación entre interpretación y analogía, ya que mientras una supone la existencia previa de un texto normativo al que debe respetar y seguir en sus valoraciones decisivas; la otra implica un método de integración del Derecho que solo es plausible cuando se ha comprobado una laguna normativa y en la que falta una regulación para el caso de que se pretende resolver. La interpretación exige mantenerse dentro del texto y sentido de la ley y la analogía, supone la ampliación de la ley a supuestos no comprendidos en su texto.

Una ley o un texto normativo entre los que obviamente se incluyen las leyes penales solo puede conocerse, precisando su alcance, a través de la interpretación del lenguaje normativo que se expresa mediante su tenor literal o sentido verbal. Cuando se recurre a cualquiera de los métodos de interpretación conocidos y aun así es imposible comprender dentro del sentido de la ley a los casos problemáticos (no regulados) es que se afirma que existe una laguna, la cual puede ser colmada si así lo permite la naturaleza de las cosas a través del procedimiento analógico.

La analogía tiende a ampliar la aplicación de la ley y el Derecho fundándose en la existencia de casos semejantes; siendo su orientación el extender o proyectar el desarrollo de la ley; mientras que *la interpretación* muchas veces tiene que dejar la dirección de la analogía para reducir el sentido del texto. Esto son los casos de la llamada reducción teleológica de la ley que es un procedimiento distinto e inverso a la analogía. (Larenz citado por Castillo, 2004, pp.142-143)

Por lo que se puede compartir que *la analogía* solo puede ser considerada como un medio más de la interpretación. Sin qué sea considerado como el único ni el más valioso. Puede abandonarse cuando así lo requiera el concurso de otros métodos o procedimientos hermenéuticos o se oponga, por ejemplo, a criterios teleológicos más importantes.

2.2.3.3.4. Principios generales

A. Conceptos

El autor Torres (2006), define a los principios generales del derecho a las “ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario”. (pp. 483-484)

Siguiendo al mismo, sostiene también que dichos principios informan el ordenamiento jurídico y nos ofrecen los medios más adecuados para una mejor interpretación y aplicación de la norma legal y consuetudinaria. Ellos constituyen las bases teóricas y las razones lógicas que le dan al ordenamiento jurídico su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital o histórica. (p. 484)

B. Funciones

Torres (2006) señala que los principios del derecho cumple una triple función:

➤ **Función creadora (fuentes materiales del derecho):**

Los principios generales creativos señalan las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogación de las normas. Los principios son los postulados éticos que informan, inspiran y orientan la actividad del órgano constituyente, legislador, ejecutivo, jurisdiccional y demás órganos menores de producción jurídica, así como el Derecho consuetudinario. (p. 485)

➤ **Función interpretativa:**

Los principios generales son pautas o criterios de interpretación de las normas jurídicas. Por ejemplo, el principio de interpretar los textos de acuerdo con el pretendido por las partes, el principio de la interpretación sistemática de un texto, etc. (p. 485)

➤ **Función integradora (fuente formal del derecho):**

Los principios generales irrumpen en el movimiento codificador como un remedio ideal para llenar las lagunas del derecho legislado. (p. 485)

2.2.3.3.5. Laguna de ley

Llamadas también imperfecciones de la ley, son salvadas recurriendo a la analogía de casos similares o análogos; y si tampoco existe caso análogo regulado, se recurrirá a los principios generales del derecho. (Torres, 2006, p. 608)

2.2.3.3.6. Argumentos de interpretación jurídica

Rubio Correa (2012) sostiene:

Los argumentos de interpretación jurídica se clasifican en:

A. Argumento a pari

En consecuencia, este argumento sostiene que donde hay la misma razón, hay el mismo derecho, razón por la cual se funda en la equidad, la que, a su vez, se basa en la igualdad ante la ley; funciona cuando hay una sustantiva similitud entre dos situaciones de hecho, la que puede aparecer tanto por las características de ambas como por su finalidad. Por lo que debe aplicarse restrictivamente y con rigurosidad metódica. Existen excepciones expresas a su aplicación en el artículo 139 inciso 9 de la Constitución (p. 140)

B. Argumento ab minoris ad maius

Este argumento sostiene que quien no puede lo menos, tampoco puede lo más; es decir, que se refiere a la autorización para realizar determinadas actividades o tomar decisiones con validez en el derecho y supone que si no se tiene un poder jurídico para hacer algo o tomar una decisión, menos aún se tendrá un poder para tales fines de mayor alcance, peso o dimensión.

Además, este fundamento tiene una doble negación y funciona sobre la regla de la desequiparidad de poder dentro de dos términos análogos. Si alguien no tiene poder para esto, menos poder tendrá aquello que es de mayor significación. Hay que aplicarlo restrictivamente y sujeto a su metodología. (Rubio Correa, 2012)

C. Argumento ab maioris ad minus

Este argumento establece que quien puede lo más, puede lo menos; es un argumento de desequiparidad de poder: teniendo la mayor atribución puede tenerse la menor. Es un argumento de excepción y debe utilizarse restrictivamente, de acuerdo con una metodología segura. (p. 145)

D. Argumento a fortiori

Se llama así, a aquel argumento que establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, a que otro tiene mayores calidades para realizar tal acto o tomar tal decisión, también puede, o debe, hacerlo.

Es un argumento de desequiparidad, porque el segundo sujeto tiene mayores aptitudes para realizar la acción o tomar la decisión. Es decir, establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, aquel otro que tiene mayores cualidades para realizar para realizar tal acto o tomar tal decisión también puede, o debe, hacerlo; para aplicarlo correctamente hay que utilizar la norma en su forma de supuesto-consecuencia cuando la tiene, expresa el mandato en términos de sujeto-verbo-complemento y fijarse en que los verbos sean siempre utilizados en voz activa para no perder la vista al sujeto que actúa. Por lo que debe ser utilizado restrictivamente y con un método que asegure su correcta aplicación. (p. 149)

E. Argumento a contrario

El argumento *a contrario* en invertir el significado de una norma que no sea una doble negación. La forma de hacerlo consiste en introducir dos negaciones en el contenido lógico de la norma existente.

Para utilizar correctamente al argumento es importante utilizar las normas bajo forma de su expresión lógica (proposición implicativa con supuesto y consecuencia si se trata de una de estas normas), usar el verbo en voz activa para identificar correctamente al sujeto y expresarse bajo la forma sujeto-verbo-complemento.

Cuando una norma en doble negación es convertida a afirmación no se está utilizando el argumento *a contrario* sino el método literal.

Como todos los argumentos de la integración jurídica, este debe ser utilizado en vía de excepción y siguiendo una metodología adecuada para evitar las numerosas equivocaciones que se producen con su uso. (Rubio Correa, 2012, pp. 161-162)

2.2.3.4. Argumentación jurídica

2.2.3.4.1. Concepto

Bergalli (citado por Meza, s.f.) señala que la argumentación jurídica “es 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”. (pp. 91-92)

2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación

Bergalli (citado por Meza, s.f.) indica que se llaman vicios en la argumentación a las formas en que se argumenta incorrectamente, esto es, a las falacias.

En tal sentido, se desarrollará los vicios en cuanto a las diversas categorías en que Toulmin las clasifica según que las mismas surjan: 1) de una falta de razones, 2) de las razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades.

2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes

Todo argumento se compone de tres elementos: premisas, inferencia y conclusión.

En tal sentido, el autor Luján (citado por Gaceta Jurídica, 2004) lo define de la siguiente manera:

A. Premisas

Las premisas son aquellas proposiciones formuladas expresamente. Éstas se dividen en:

➤ **Premisa mayor:**

Dentro de la teoría general del derecho la premisa mayor siempre es la definición normativa que conceptualiza la regla jurídica que será comparada con el hecho o relación de la realidad, para establecer si es capaz o no de producir efectos jurídicos. (p. 214)

➤ **Premisa menor:**

En el orden jurídico la premisa menor es aquella que contiene el hecho real, que compuesto con la premisa mayor formará con propiedad la norma jurídica aplicable al caso concreto. (p. 214)

B. Inferencia

Luján (citado por Gaceta Jurídica, 2004) señala que la inferencia son las premisas pueden ser dos o más, se relacionan en un proceso de antecedencia y consecuencia, y se dividen en:

➤ **En cascada:**

Este tipo de inferencia se produce la conclusión que se obtiene de las premisas, permite a su vez, la existencia de una consecuencia accesoria nacida de la primera. Por eso, también puede denominarse en secuencia. (p. 217)

➤ **En paralelo:**

Este tipo de inferencia se produce cuando la premisas, “*per se*”, pueden causar la existencia de dos o más consecuencias; todas ellas del mismo nivel, las que, a su vez, pueden ser empleadas en etapas posteriores de la inferencia. Por ejemplo, cuando en una resolución casatoria una consecuencia es declarar fundado el recurso y otra es ordenar su publicación en el diario oficial. Estas dos consecuencias poseen el mismo valor o rango y no derivan la una de la otra, sino que ambas provienen de las premisas, a partir de las cuales se ha arribado a estas conclusiones. (p. 218)

➤ **Dual:**

En algunos casos las resoluciones proponen varias consecuencias en un mismo cuerpo resolutivo; una derivadas y, por tanto, en secuencia, y otras complementarias, es decir, en paralelo. Por ello podemos afirmar que nos encontramos en un caso de dualidad de tipo conclusivo. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia casatoria que resuelve fundado el recuso y nula la sentencia de vista y, además, ordena que el órgano jurisdiccional emita nuevo pronunciamiento con arreglo a ley. (Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC. Ley 26435. Citado por Gaceta Jurídica, 2004, p. 218)

C. Conclusión

La conclusión del argumento se expresa en forma de proposición, idénticamente como las premisas, y generalmente es el paso que cierra las inferencias; o, en todo caso, cierra el argumento inicial, aun cuando pueda servir de acicate para nuevas argumentaciones en otra u otras inferencias.

Las conclusiones pueden clasificarse en única y múltiple. Estas se dividen en principales y accesorias o subsecuentes. A su vez, las subsecuentes puede ser: complementarias o simultánea. (p. 220)

➤ **Conclusión única:**

Clásicamente la argumentación culminaba en una sola conclusión, aun cuando la secuencia haya incluido varias inferencias que –en cascada– culminaron, después de varias operaciones lógicas, en una conclusión. Ese sería el caso de un silogismo modal o un silogismo hipotético, o bien un categórico simple. Esta única conclusión ha derivado de las premisas en una sola inferencia. (p. 221)

➤ **Conclusión múltiple:**

La generalidad de los casos, particularmente en las argumentaciones jurídicas, las conclusiones son dos o más en una misma inferencia, e incluso en secuencias de inferencias conexas en una misma argumentación. Se dividen en:

- ✓ **Conclusión principal**, es la consecuencia más relevante que se obtiene en una inferencia. Es el caso de la conclusión de infundado o fundado el petitorio de la demanda.
- ✓ **Conclusión simultánea**, si la proposición principal se encuentra acompañada de otra, porque se ha empleado una inferencia paralela o dual, según el caso, entonces, esta segunda premisa,

cuya relevancia es de segundo grado, sin que para obtenerla se haya tenido que dar otra diferente que aquella que produjo la conclusión principal, se denomina conclusión simultánea.

- ✓ **Conclusión complementaria**, si en la argumentación se ha empleado una inferencia en cascada o dual, tendremos que de la conclusión principal se desprende una conclusión en secuencia, que se complementa con la principal, con las simultaneas o con ambas, según el caso. (p. 221)

2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto

Éstos se dividen en:

A. Principios

Por principios identificamos las proposiciones racionales que sirven para interpretar los actos humanos, establecer reglas de conducta, u operar una técnica intelectual, como el abstraer o el argumentar. (Luján citado por Gaceta Jurídica, 2004, p. 222)

El autor Rubio Correa (2015) define de la siguiente manera a los principios de argumentación que deben utilizar los magistrados en la redacción de sentencias:

➤ **Principio de Coherencia Normativa:**

El derecho debe buscar que sus diferentes normas sean coherentes y armónicas entre sí. Como indica la sentencia citada, dos son los elementos:

- La coherencia normativa, que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí.
- La jerarquía de las normas dentro del sistema, porque, como es obvio, una norma superior siempre primará sobre una norma inferior (lo que está expresamente establecido en el artículo 51 de la Constitución).

➤ **Principio de Concordancia Práctica con la Constitución:**

El principio consiste en coordinar el contenido de diversas instituciones constitucionalmente relevantes y vinculadas entre sí para interpretar de la manera más cabal el significado de cada una de ellas y para incorporar en el resultado de interpretación todos los valores o principios que aparecen como aplicables a la situación concreta dentro de la Constitución.

➤ **Principio de Congruencia de las Sentencias:**

El Tribunal Constitucional tiene una sentencia en la que se expresa la primera de las afirmaciones:

27. El principio de congruencia es uno que rige la actividad procesal, obligando al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre las pretensiones postuladas por los justiciables. Sin embargo, también ha hecho la indicación de que lo que la ley obliga debe formar parte de la sentencia, así no haya sido invocado por las partes.

➤ **Principio de conservación de la Ley:**

Este principio consiste en evitar hasta donde sea posible la eliminación de disposiciones legales para no producir vacíos normativos perjudiciales para todos.

El Tribunal Constitucional se ha referido a este principio en la siguiente sentencia:

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radican en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero de 2003 en el exp_0010_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los decretos leyes 25475,25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas).

➤ **Principio de Corrección Funcional:**

Este principio tiene que ver estrictamente hablando con los conflictos de competencias que se producen entre los órganos del Estado, específicamente aquellos que tienen competencias constitucionalmente establecidas.

➤ **Principio de Culpabilidad:**

Este principio forma parte de un principio más amplio, llamado de legalidad en materia sancionatoria. El Tribunal lo ha expuesto de la siguiente manera:

64. El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2 del decreto ley 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena solo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, según el cual “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero de 2003 en el exp_0010_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad seguida

por ciudadanos con firmas contra los decretos leyes 25475,25659,25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas).

➤ **Principio de Defensa:**

El principio de defensa es, a la vez, el derecho de defensa establecido por la Constitución en el artículo 139 inciso 14 y forma parte del principio del debido proceso.

En la versión literal de la Constitución, la defensa es un derecho (y un principio, como dice la parte inicial del inciso citado) que consiste en que las personas pueden solicitar la presencia de su defensor en todas las etapas del proceso, es decir, desde el inicio hasta su conclusión.

Al mismo tiempo, da el derecho a tener un defensor desde que se es detenido o citado por cualquier autoridad, de tal manera que no hay una referencia exclusiva a los procesos judiciales: cualquier autoridad incluye a la Policía nacional del Perú, pero también al Ministerio Público y a cualquier otra autoridad administrativa.

➤ **Principio de Dignidad de la Persona Humana:**

Es identificado por el Tribunal Constitucional en el artículo 1 de la Constitución. El Tribunal ha sostenido que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el valor superior del derecho. En consecuencia, toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuando se está defendiendo y cuándo agravando a una persona, cuánto se está respetando o no su dignidad. Estas reglas, resumidas en el principio de dignidad de la persona humana, son las más importantes dentro del sistema jurídico.

➤ **Principio de Eficacia Integradora de la Constitución:**

El principio de eficacia integradora siempre busca la coherencia interpretativa, no solo de la ley en cuanto tal sino también de la Constitución y la ley en relación con la sociedad en cuyas actividades están participando las personas. Es, por tanto, un principio metodológico referido a la forma de hacer la interpretación: es preciso concordar las normas que contienen principios y reglas similares, así como todas ellas con la realidad, y con las atribuciones de los órganos del Estado, para integrar de la mejor manera su significado interpretativo, y aplicarlo a las conductas y al cumplimiento de las competencias públicas.

➤ **Principio de la Fuerza Normativa de la Constitución:**

Este principio es solo una especificación pedagógica de la regla de supremacía de la Constitución unida a los principios de coherencia normativa, concordancia práctica con la Constitución, eficacia integradora de la Constitución, unidad de la Constitución y del principio del Estado social y democrático de Derecho.

➤ **Principio de Igualdad:**

Según el Tribunal Constitucional, el principio de igualdad que también es el derecho a la igualdad, es decir, a la no discriminación, contenido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, es central dentro de la Constitución y del Estado de Derecho, por eso ha dedicado esfuerzos especiales a perfilar su contenido y funcionamiento.

La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona. En ese sentido, la igualdad es un principio derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia.

➤ **Principio de Jerarquía de las Normas:**

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37 y siguientes del decreto legislativo 560 Ley del Poder Ejecutivo, además de lo dispuesto por otras leyes. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de octubre de 2003 en el exp_0005_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 64 congresistas de la República, representados por el congresista Yonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1, 2,3, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la ley 26285).

➤ **Principio de Jurisdiccionalidad:**

El principio de jurisdiccionalidad consiste en que si la Constitución da la atribución de resolver sobre un asunto a los tribunales, dicho asunto debe ser resuelto por estos y no por otro órgano del Estado. Se trata de dar un nombre al principio de competencia jurisdiccional sobre determinado asunto. Como este principio pertenece al rango constitucional, se refiere a las competencias jurisdiccionales comprendidas en el bloque de constitucionalidad.

➤ **Principio de la Cosa Juzgada:**

La cosa juzgada forma parte esencial de los derechos constitucionales expresamente declarados: inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.

➤ **Principio de la Tutela Jurisdiccional:**

Está incorporada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Dicho principio es perfectamente identificable en sus rasgos generales con el de debido proceso. Asimismo el principio de tutela jurisdiccional existe, a su vez, en sede administrativa, y es ilimitada en materia constitucionalidad. Todo ello a partir de reglas establecidas de manera expresa por las sentencias del Tribunal Constitucional.

➤ **Principio de Legalidad en materia sancionatoria:**

El Tribunal Constitucional ha colocado en lo que denomina principio de legalidad en materia sancionatoria varios elementos que son compartidos, en parte por la sanción penal y por la administrativa y, en otra parte, son privativos del ámbito penal.

➤ **Principio de Presunción de Inocencia:**

El principio de presunción de inocencia ha sido claramente establecido por el artículo 2 inciso 24 literal e de la Constitución:

El Tribunal Constitucional ha establecido que la presunción de inocencia forma parte consustancial del principio del debido proceso, y la aplica tanto en el procedimiento jurisdiccional como en el administrativo.

➤ **Principios de razonabilidad y proporcionalidad:**

Ambos principios fueron establecidos expresamente en la parte final del artículo 200 de la Constitución, a propósito de la suspensión del hábeas corpus y del amparo en periodos de estado de excepción.

El principio de razonabilidad exige encontrar justificación lógica, y esta es la disciplina de lo que es racionalmente demostrable. En general, y dentro del uso común, se utiliza la expresión justificación lógica no solo para lo que es racionalmente demostrable, sino también para lo que, sin cumplir tal requisito, es aceptado generalmente y que se conoce como tópica.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero de 2003 en el exp_0010_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas).

➤ **Principio de Reserva de la Ley o de Legalidad:**

El principio de reserva de ley también llamado de legalidad, consiste en que la aprobación de determinadas normas jurídicas sea reservada a ciertos dispositivos con rango de ley para que no puedan ser dictadas por normas de rango inferior y, ni siquiera, por ciertas normas de rango de ley. Dentro de las normas con rango de ley que determinan este principio de reserva de la ley también están las sentencias del Tribunal Constitucional.

➤ **Principio de Tipicidad:**

Establece aquí el Tribunal que el principio de tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta y en este caso se está refiriendo al concepto de falta dentro del ámbito administrativo no penal. Esto nos hace ver que este principio no se aplica exclusivamente al ámbito penal sino a todo el derecho sancionatorio.

Por otro lado, la idea de que la tipicidad se aplica junto con otros principios emergidos del derecho penal a otras regiones del derecho sancionatorio ha sido expresamente señalada por el Tribunal:

[...] es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 16 de abril de 2003 en el exp_2050_2002_AI_TC sobre acción de amparo interpuesta por Flor Milagros Ramos Colque en representación de su hermano, contra la resolución 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada).

➤ **Principio de Unidad de la Constitución:**

El principio de unidad de la Constitución está referido a su consistencia interna como cuerpo normativo. Dice que en ella se debe tener una hermenéutica que busque la armonía entre sus normas. Pertenece al ser mismo de la Constitución. Sin embargo, está vinculado al principio de concordancia práctica que se refiere al uso práctico de la Constitución, y consiste en que se debe interrelacionar necesariamente las disposiciones constitucionales al aplicarlas, precisamente porque son una unidad.

Por su naturaleza, el principio de unidad de la Constitución es una especificación del principio de interpretación sistemática.

➤ **Principio del Debido Proceso:**

Es el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el derecho. Para el Tribunal Constitucional el debido proceso, incluye todas las normas constitucionales de forma y fondo aplicables, así como las principales disposiciones de la legislación de jerarquía inferior que contribuyen a garantizar la aplicación de los derechos constitucionales.

➤ **Principio del Estado Social y Democrático de Derecho:**

El concepto de Estado social y democrático de Derecho es consustancial a la teoría contemporánea del Estado y tiene un extremo desarrollado en ella. El Estado social y democrático no es una cosa que existe, por el contrario, está en continuo hacerse: solo existe si en cada circunstancia funciona como tal.

➤ **Principio Non Bis In Idem:**

Si bien no consta expresamente en la Constitución, aunque sí en las normas procesales con rango de ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo considera implícito en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

Por ello el contenido del principio non bis in ídem es doble: desde el punto de vista material consiste en que nadie puede recibir dos sanciones con identidad de sujeto, hecho y fundamento. Desde el punto de vista procesal, consiste en que no puede haber dos procesos jurídicos de sanción contra una persona con identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin embargo, en relación con el mismo hecho son independientes la aplicación de una sanción administrativa y de una penal, porque, si bien hay identidad de sujeto y hecho, no hay identidad de fundamento. Ello puede significar que haya absolución penal, pero que se mantenga la sanción administrativa. Esta es la línea jurisprudencial prevaleciente en los últimos fallos del Tribunal Constitucional.

B. Reglas

Por reglas se entienden que son los enunciados que expresan una forma de comportamiento determinado o una condición por la cual debe pasar determinado acto para poder obtener un resultado querido. (Luján citado por Gaceta Jurídica, 2004, p. 222)

C. Cuestión de principios

Refiere García (2003) “tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios, categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, paremias, máximas, aforismos, etc.” (p. 217). Desde luego, entre todos ellos los principios gozan de particular atención. Esta circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión “principio jurídico” ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia.

En los últimos años, “los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico.

Esta doble dimensión que presentan los principios les convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación (...), sosteniendo que la discreción judicial comienza donde termina el Derecho”. García (p. 218). Empero, entre teoría del Derecho y TAJ existe interdependencia, en donde algunos autores han

llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado “el Derecho como argumentación”.

➤ **Distinción entre reglas y principios:**

Desde el punto de vista de la estructura y la función, se han propuesto tres tesis básicas sobre las diferencias entre principios y reglas, tal como lo da a conocer García (2003) señalando:

a) La Tesis fuerte de la separación.- Existen diferencias cualitativas y no sólo de grado, dicha división fuerte concibe reglas y principios como entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes, donde toda norma es o bien una regla o bien un principio.

b) La Tesis débil de la separación.- Entre reglas y principios existe una diferencia meramente gradual y no una diferencia cualitativa. Los criterios tradicionales de distinción entre principios y reglas (generalidad, fundamentalidad, vaguedad, superioridad, superioridad jerárquica, etc.) suelen adscribirse a este planteamiento.

c) La Tesis de la Conformidad.- Entre principios y reglas no existen diferencias relevantes. (p.229).

Sostiene Alchourrón y Bulygin (citado por García, 2003) que “entre las normas que los juristas llaman “principios generales” y las normas que integran las “partes generales” sólo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios” (p. 233). Con relación a ello se debe tomar en cuenta la diversidad de principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos que reside en que los principios explícitos son directamente válidos porque el modo de obtener su validez no difiere del de las reglas (pertenecen al sistema de acuerdo con el criterio de legalidad); en tanto que los principios implícitos son indirectamente válidos porque su validez reposa sobre su adecuación a otras normas que sí son inmediatamente válidas (los principios implícitos pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad).

➤ **Reglas como normas cerradas y principios como normas abiertas:**

Los profesores Atienza y Ruiz (citado por García, 2003) han explorado una distinción entre reglas y principios refiriéndose que la distinción entre reglas y principios puede plantearse a partir del carácter cerrado o abierto de la norma, por lo que proponen tres grandes perspectivas desde las que cabe definir las diferencias: desde un enfoque estructural, las normas presentan una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho al que se correlaciona una consecuencia jurídica.

En tanto que según estos autores, *las reglas* se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas, por lo que *los principios* presentarían un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada y que con relación con *las directrices* presentarían un supuesto hecho y unas consecuencias jurídicas abiertas.

➤ **Reglas y principios como razones para la acción:**

Según el modelo Atienza/Ruiz analizar la distinción entre reglas y principios es a través del carácter funcional. Donde *las reglas* son las razones excluyentes de la toma en consideración de otras razones, siendo éstas independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen (en el legislador) de tal regla. Mientras que un *principio* viene hacer una razón de primer orden para actuar, pero que no excluye de la deliberación, es decir; la toma en consideración de otros principios para actuar.

Nos da a conocer asimismo (García, 2003) que ambos autores, sostienen que “un principio explícito sería una razón para actuar independiente del contenido, mientras que un principio implícito sería una razón dependiente del contenido, pues su fuerza motivadora dependería de su adecuación a las normas de las que deriva” (p.257).

Por lo que se comparte con lo sostenido por (García, 2003) en el sentido que los principios vienen hacer aquellas normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas, lo que conlleva a la asociación de las reglas a la manera de aplicar los casos fáciles y de los principios a la esfera de los casos difíciles.

2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos

Según Zavaleta (2014) son los instrumentos de justificación del significado conferido a los enunciados elegidos para resolver el caso. Los cuales ni son arbitrarios ni constitutivos, sino vienen hacer el producto de una actividad racional y argumentada que ofrece una conclusión fundada en forma de enunciado interpretativo, susceptible de ser universalizado (pp. 303-304)

El mismo autor antes citado los clasifica de la siguiente manera:

A. Argumento a sedes materiae

Este argumento postula la atribución o el rechazo del significado de un dispositivo o enunciado legal a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. Desde esta perspectiva, la ubicación topográfica de una determinada disposición debe ser tomada en cuenta por el intérprete, dado que proporciona información sobre su contenido. Por lo que para ésta clase de argumento, la agrupación de los artículos en capítulos, títulos y secciones responde a que comparten ciertas características o principios comunes que son de ayuda para la labor interpretativa. Fundamentándose en la idea de que las disposiciones legales se encuentran racionalmente sistematizadas.

Siendo que la utilización racional de éste argumento requiere primero, mostrar que el enunciado forma parte (o no) de un determinado título, capítulo o sección; y segundo, explicar las razones por las cuales es plausible inferir un significado específico del enunciado normativo a partir de su inserción (o su falta de inclusión) en el título, capítulo o sección. Por lo que éste tipo de argumento requiere el complemento de otros argumentos.

B. Argumento a rúbrica

Postula la atribución de significado a un enunciado en función del título o la rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que dicho enunciado se encuentra. Por lo que tanto el argumento sedes materiae y argumento a rúbrica suelen ser utilizados conjuntamente.

C. Argumento de la coherencia

Sirve para descartar interpretaciones que hagan incompatible a un enunciado con otras normas del sistema y correlativamente, para optar dentro de las interpretaciones posibles, por aquella

que sea más coherente con el resto del ordenamiento jurídico. Por lo que no propone significados, sino que sirve para eliminar significados y elegir el más acorde con el sistema.

D. Argumento teleológico

Consiste en otorgar a un enunciado legal el significado que, en el mayor grado posible, permita alcanzar el fin o los fines que persiga aquel enunciado. Por lo que para considerarse pausable la interpretación de un enunciado legal, debe justificarse suficientemente los dos elementos que componen el antecedente del argumento teleológico: que el fin de N es F y, que el significado S implica cumplimiento de dicho fin.

En donde la afirmación de que el fin de N es F, únicamente, estará justificada cuando se expliciten razones suficientes para aceptarla. Siendo por lo tanto éste argumento más fuerte cuando menos discutibles o dudosas sean dichas razones.

Frente a interpretaciones alternativas, no se satisface la exigencia de justificación con la mera exposición de razones en el sentido de que otorgándole el significado S a N se cumple el fin F, sino que es necesario además fundamentar que ese significado es el que permite la mejor realización de dicho fin. Por ello, cuando concurren varios significados que implican el cumplimiento del fin que corresponde al enunciado legal, deben seguirse dos pasos: ponderar las consecuencias que se derivan de cada una de las interpretaciones y, justificar cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado.

En todo caso, para la aplicación del argumento teleológico es necesario; primero, que el fin de N sea lo más explícito posible; y, segundo que no se obtuviera mediante esa argumentación una norma innecesaria o incoherente con otras normas del sistema.

E. Argumento histórico

Implica resolver un problema interpretativo sobre una regla actual y vigente, recurriendo al significado que le era atribuido a una regla derogada. Es todo argumento proporcionado por los antecedentes y la historia del instituto o categoría jurídica que el enunciado interpretado regula.

F. Argumento psicológico

Consiste en recurrir a la voluntad para justificar la atribución de significado a una disposición jurídica. Se trata de buscar la razón de la ley en la intención que tuvo el legislador para promulgarla, teniendo en cuenta los hechos que aquel busca regular. Este argumento se apoya en los trabajos preparatorios, los informes de las comisiones legislativas, las exposiciones de motivos, los preámbulos, etc.

G. Argumento apagógico

El razonamiento apagógico, de reducción al absurdo o a lo imposible. A través de este argumento se establece la verdad de una determinada hipótesis dando un rodeo; esto es, demostrando que la hipótesis contraria es, a su vez, opuesta con otra que de antemano ha sido reconocida como verdadera.

Para aplicar el argumento por reducción al absurdo se requieren de dos hipótesis, ambas contradictorias o incompatibles entre sí y, por tanto, imposibles de existir al mismo tiempo y en idéntico lugar. Así primero se demuestra la falsedad de la hipótesis opuesta a la que se defiende, a partir de su inconsecuencia con una tesis incuestionable o previamente aceptada (premisa de contraste), para luego concluir en la verdad de la hipótesis esgrimida por aplicación del principio lógico de tercio excluido, conforme al cual entre dos proposiciones sobre el mismo objeto de las cuales una niega y la otra afirma, si se ha reconocido o demostrado que una es falsa, la otra es verdadera, no siendo posible que exista una tercera alternativa.

Por ello en el ámbito jurídico, el uso del argumento ad absurdum no se limita a rechazar las inconsistencias lógicas. La noción de absurdo es mucho más amplia y abarca cualquier afirmación considerada inaceptable o incoherente con el ordenamiento jurídico. De este modo, se define como argumento que permite rechazar un significado o una interpretación de un texto normativo (prima facie posible), porque conduciría a consecuencias o resultados absurdos, por ser jurídicamente imposibles o inaceptables.

Empero cabe resaltar que la cuestión es cuándo puede sostenerse que una interpretación determinada conduce a resultados absurdos.

Razón por la cual, los españoles Gascón y García señalan que para sostener que una determinada interpretación conduce a resultados absurdos “(...) quien use este argumento tendrá que estar dispuesto a demostrar dos cosas: que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, es decir, que I – R; y que ese resultado es absurdo, no deseable e inaceptable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; es decir, que es obligatorio no-R.

H. Argumento de autoridad

Es uno de los que más frecuente uso tiene en la práctica jurisdiccional. Consiste en recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para establecer el significado de una categoría, un principio o una determinada disposición jurídica.

El término autoridad se refiere a una persona o a un órgano, por lo que esta clase de argumento consiste en invocar las opiniones, criterios o juicios de una persona, grupo de personas o instituciones acreditadas como especialistas en el ámbito sobre el que se está discutiendo, como fundamento para dotar solidez a la interpretación.

Si la apelación a la autoridad tiene en cuenta las razones que esta ofrece para defender una determinada solución, el argumento tendrá la fuerza de esas razones; sin embargo, si solo se apela al prestigio de la persona que formuló la opinión, el argumento no tendrá ninguna fuerza justificativa, aunque puede ser persuasivo. Cuando hay discrepancia entre los autores sobre las soluciones para el problema interpretativo, lo dicho precedentemente es fundamental, ya que deberán aportarse razones adicionales para preferir una determinada posición en lugar de otra u otras.

Por ello tomando lo referido por Weston, respecto a la argumentación en general, se debe de tomar en cuenta: Las fuentes deben ser citadas; debe verificarse que las fuentes estén bien informadas; debe tomarse en cuenta si las fuentes son imparciales; deben comprobarse las fuentes.

I. Argumento analógico

El argumento analógico, a pari, o a simili justifica atribuir una consecuencia jurídica prevista para un determinado supuesto de hecho, a otro supuesto de hecho no contemplado en la norma y no regulado en otra, pero que guarda con el supuesto de hecho regulado una semejanza esencial.

En cuanto al requisito de la semejanza entre el supuesto regulado y el no regulado, debe precisarse que ella se trata de una propiedad cualitativa, la cual se caracteriza por ser relevante y suficiente para permitir el tratamiento igualitario entre ambos supuestos.

Las analogías solo requieren similitudes relevantes, asimismo la analogía no puede prosperar cuando en vez de haber una semejanza relevante lo que existe es una diferencia esencial entre los casos.

El requisito de la identidad de razón entre los supuestos se refiere a la existencia de un mismo fundamento jurídico para la aplicación de la consecuencia jurídica que se pretende para el supuesto no regulado. En el Derecho Penal solo es aplicable la denominada analogía in bonam parte.

J. Argumento a fortiori

Se trata de un procedimiento discursivo a través del cual se interpreta que un determinado supuesto de hecho, distinto al previsto expresamente por una disposición legal, merece con mayor razón la consecuencia jurídica que dicha disposición establece.

El argumento a fortiori se manifiesta bajo dos formas: a maiori ad minus y a minori ad maius. El primer caso se aplica a las calificaciones ventajosas, como los derechos o las autorizaciones, mientras que el segundo se aplica a las calificaciones desventajosas, como los deberes.

K. Argumento a partir de principios

En la doctrina y en la legislación se reconoce que los principios cumplen dos funciones esenciales: interpretativa, según la cual las reglas deben interpretarse a la luz de los principios

que las fundamentan; e integradora, en el sentido que ante el vacío o deficiencia de la ley, se deben recurrir a los principios que rijan en determinada área del Derecho para resolver el caso.

El argumento a partir de principios, en función interpretativa, requerirá, entonces, primero, justificar que la regla en cuestión tiene como fundamento a un determinado principio; y, segundo, justificar que el contenido de dicho principio es compatible con un determinado significado y no con otro.

La segunda de las funciones (integradora) implica que ni siquiera existe una regla que pueda ser aplicada por analogía, por lo que la integración debe hacerse a partir de los principios. Sin embargo cabe mencionar que no se considera como argumento interpretativo sino como un instrumento de creación del derecho. Por ello, su uso debe ser sumamente excepcional. Por ello el Juez, deberá verificar la inexistencia de una regla que regule el caso o que pueda ser aplicada por analogía. Luego deberá realizar una ponderación entre el principio del cual pretende extraer una determinada solución y el principio que se vería afectado con ella. El resultado de dicha ponderación deberá ser una regla que sirva para resolver el caso.

L. Argumento económico

Recorre al criterio de la no redundancia del discurso legislativo, en donde el legislador por ser racional, no es redundante, de manera que el significado de un determinado enunciado legal debe ser particular y no constituir una mera repetición de otras disposiciones. Considerado como un argumento negativo, pues no sirve para atribuir un significado a un enunciado legal, sino para rechazar un significado por considerar que reiteraría otra norma distinta, dando lugar a dos normas jurídicas que prevén la misma consecuencia para un mismo supuesto de hecho.

2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica

A. Necesidad de Justificación en el Derecho

Gascón & García (2003) indican:

La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho. Es natural, pues, que los juristas hayan tratado de comprender cómo

argumentan y cómo deberían hacerlo. La disciplina que se ocupa de esclarecer estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica. (pp. 43-44)

B. Argumentación que estudia la TAJ

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones.

En primer lugar, debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento.

En segundo lugar; la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: en la creación del Derecho por parte del legislador, en su aplicación por parte de los jueces, en la doctrina jurídica, en los medios de comunicación social, etc. La TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces. Posteriormente delimitaré con algo más de precisión el campo de la TAJ. (pp. 52-53)

C. Teorías de la Argumentación Jurídica

Según Gascón & García (2003):

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere algunas precisiones.

En primer lugar, la TAJ es básicamente teoría, no práctica. Con esto no se pretende afirmar que no tenga nada que ver con la práctica de los abogados y los jueces. Muy al contrario, la práctica del Derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio. Pero precisamente por esta razón, son *discursos* distintos, *lenguajes* distintos, que operan en *niveles* distintos. La TAJ describe la práctica del Derecho y a veces prescribe cómo debería ser la práctica del Derecho; pero, en todo caso, constituye algo diverso de la propia práctica del Derecho. En otras palabras, la TAJ representa un metalenguaje (cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los jurista) que dispone de sus propios instrumentos y categorías, todos ellos diferentes en muchos casos de los que se emplean en el tráfico jurídico ordinario.

La TAJ es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa:

- a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto a fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.
- b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como se ha anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.

- c) Desde una perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas acerca de cómo éstos deberían acudir. (pp. 47-48)

D. La utilidad de la TAJ

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión prácticas algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí sólo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica. (p. 54)

2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial

A. Carácter discrecional de Interpretación

Se entiende que los criterios de interpretación son las pautas que sirven de apoyo al operador jurídico a la hora de interpretar las normas, por ello conviene tener presente que toda norma jurídica, y en especial aquellas que presentan una estructura de principio, se pueden presentar como criterios interpretativos (en concreto, las normas superiores a aquella que se interpreta)

Estableciéndose algunos límites a la discrecionalidad, en el sentido de reconocer ciertos núcleos de certeza o límites de los significados posibles, aludiendo a la tradición histórica, a un orden de valores o a la idea de justicia, para los intérpretes (jueces ordinarios).

Lo que conlleva a sostener el cierto grado de discrecionalidad por parte de los jueces ordinarios al momento de la respectiva interpretación de las normas al caso en concreto, siendo objetivos, requiriéndose para ello en contar con un órgano imparcial, el que tenga atribuida la competencia última en la atribución de significado a las normas constitucionales no solamente por el TC sino también por nuestros jueces ordinarios lo que, conlleva a ser menos cuestionables utilizando y aplicando los contenidos de un correcto razonamiento judicial.

B. Teoría Objetiva y Subjetiva de la Interpretación

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Dentro de la teoría tradicional de la interpretación se levanta una larga polémica respecto a si se debe dar preferencia a la voluntad de la ley [mens legislatio] o se debe reparar a favor del sentido

objetivo del texto. En algunos casos se considera que esta polémica no podrá ser jamás solucionada en forma definitiva, debiéndose tomar decisiones de acuerdo a los tiempos, además de recordar que dicha discusión encierra cierto bizantinismo.

A favor de la teoría subjetiva se apunta la necesidad de valorar la finalidad que tuvo el legislador histórico cuando expidió el precepto, que siempre cumple con una misión de regular una circunstancia histórica o resolver un conflicto social. Toda ley y su respectiva interpretación debe respetar el propósito y la finalidad que tuvo el legislador para decretar la vigencia de una disposición. Se habla aquí de un argumento fundado en los motivos. La ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para los hombres y es una voluntad que busca lograr un orden justo. Detrás de ella hay valoraciones, empeños y sobretodo un propósito regulador. Por lo tanto, para la teoría subjetiva la interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y las decisiones valorativas inherentes a la regulación legal; de otro modo más que de interpretación se debería hablar de intromisión. (p. 32)

Sin embargo actualmente existe una mayoritaria posición doctrinal que coincide en dotar de un lugar preferencial a la teoría objetiva de la interpretación en base a las profundas limitaciones que se imputan a la teoría subjetiva. (p. 33)

La teoría objetiva permite considerar al derecho como parte integrante de la cultura, interpretándolo de tal manera que pueda cumplir con las tareas sociales, económicas y éticas de nuestro tiempo. (...) Como apunta Soler: “no basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a ley, para que esta efectivamente lo diga”. Las intenciones del legislador suelen ser muy estrechas y reducidas respecto a la amplitud del precepto y del lenguaje que se utiliza, por lo que mediante los postulados de la teoría subjetiva se estaría obligando al intérprete de manera implícita a reducir la amplia cobertura del precepto, sometiénolo a los fines del legislador. Asimismo, respetar su sola voluntad implicaría concebir la interpretación como dependiente de los factores coyunturales que suelen ocurrir cuando se expide una ley, embalsamando e inmovilizando su sentido para siempre. (pp. 36-37)

2.2.4. Derechos fundamentales

2.2.4.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales

Conllevan a una reflexión sobre el razonamiento judicial del papel más invasivo de los derechos fundamentales en las formas y modos de jurisdicción, en el sentido que los principales rasgos distintivos del llamado Estado Constitucional de Derecho está en relación y en razón de los derechos fundamentales condicionando las formas y los modos de razonamiento en los que encuentra expresión la aplicación judicial del Derecho.

2.2.4.2. Conceptos

Sostiene Mazzaresse (2010) que los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente porque son la afirmación de valores y/o los medios necesarios para su realización y tutela, adquieren ellos mismos una intrínseca connotación axiológica, pero es independiente tanto de las diversas concepciones sobre su eventual fundamento último, como

la opción por una posible denominación distinta de los mismos (derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos o derechos constitucionales).

La falta de consenso sobre el reconocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los valores a afirmar no puede dejar de reflejarse sobre el reconocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los derechos fundamentales a tutelar, en el sentido que éstos justifican, dudas y preguntas que no pueden dejar de traducirse en dificultades epistemológicas sobre las formas y modos de su eventual cognoscibilidad, y en dificultades lógicas sobre las formas y modos en que se configuran el razonamiento y la argumentación jurídica, y más específicamente judicial, cuando tienen como objeto también los derechos fundamentales (pp. 242-243).

2.2.4.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

Según el autor Mazzarese (2010) sostiene:

“Que la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (...) de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación en las que estimula y legitima la tematización de un modelo jurídico diferente y distinto del propio del estado (liberal) de derecho: esto es, modelo del Estado constitucional de Derecho.

Que con respecto a los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento, no se agotan en los únicos criterios de carácter formal consistentes en la conformidad de la producción normativa con las metanormas de procedimiento y de competencia, sino que están flaqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados.

Los modos de realización y/o aplicación (judicial) del Derecho no se reduce a un mero reconocimiento de la ley o a una concreción mecánica de la misma, sino que son ellos mismos inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, enunciados a nivel constitucional, tanto en la interpretación, como, si fuere el caso, en la denuncia de la eventual inconstitucionalidad de la ley” (pp. 234-236)

2.2.4.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho

Señala Mazzarese (2010) que son dos, los perfiles en relación con los cuales los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del Derecho: *el primero* es el de su papel en la articulación de las formas y los modos de la jurisdicción, esto es, en la redefinición

de las modalidades procedimentales y el *segundo perfil* es su papel en la resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias. El primero de ellos es el de los derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho.

2.2.4.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial

Es difícil negar el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la resolución de una misma controversia, siendo innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho, la invasividad de su papel en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción.

2.2.4.5.1. Dificultades epistemológicas

Bajo la óptica epistemológica, los principales órdenes de dificultades a los que da origen y con los que se encuentra la noción de derechos fundamentales son dos, estrechamente conectados entre sí.

Según (Mazzarese, 2010) refiere:

Que el primer orden de dificultades afecta a la re (definición) de los criterios de identificación del Derecho (normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial de los criterios de identificación del derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión y en segundo orden de dificultades afecta a la (re) definición, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica.

Por lo que estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válidos son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho asimismo estas dos órdenes son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales.

Sin embargo cabe señalar que la primera razón de la indeterminación afecta a los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo; la segunda y la tercera razón afectan, por el contrario, a los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en la razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica). (pp. 243-245)

2.2.4.5.2. Dificultades lógicas

Señala Mazzaresse (2010) lo siguiente:

Naturaleza constitutiva de las decisiones judiciales.- Las decisiones judiciales tienen naturaleza constitutiva y no declarativa, tanto la conclusión (la parte dispositiva), porque es el resultado de una deliberación (por parte de un órgano competente) y no de una manera de deducción lógica, como las premisas, tanto la jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado de un complejo proceso decisorio y valorativo.

Carácter tanto derrotable (y/o no monotónico) como aproximado del razonamiento judicial.- La derrotabilidad del razonamiento judicial es una obvia consecuencia inmediata de la competitividad (potencia, cuando no real) entre derechos fundamentales distintos y/o entre valores de los que los mismos son expresión. La realización y/o tutela de un derecho fundamental puede enfrentarse, en efecto, con la realización y/o tutela de un derecho fundamental diferente. Y, además puede haber competitividad en la realización y/o tutela de un mismo derecho fundamental según la lectura que se asuma y/o se proponga del valor del que el derecho fundamental es expresión.

Este dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derecho fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales (a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable) la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son derivables en el cálculo (pp.256-259).

2.2.4.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio

Entendiéndose según el autor Rosas (2013):

Presunción de Inocencia.- Se encuentra consagrado constitucionalmente en la letra e) del inciso 24 del artículo 2, la cual a su vez ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 11.1 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2) y artículo II del título Preliminar del Código Procesal Penal; de manera que, hasta antes de la sentencia firme, ninguna autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido a los medios de comunicación masiva. Representando por excelencia la máxima garantía procesal del imputado (presunción iuris tantum). Por lo que teniendo en cuenta que quienes hacen la imputación tengan la obligación de probarla y no siendo todo lo contrario, que el procesado deba probar que es inocente a través del descargo.

Debido Proceso.- Este principio de consagración constitucional en el artículo 139 inciso 3, ha sido incorporado en la LOPJ en su artículo 7, sin embargo el Código Procesal Penal del 2004 no lo ha incorporado. Entendiéndose que el debido proceso legal constituye la primera de las garantías constitucionales de la administración de justicia, al permitir el libre e irrestricto acceso de todo ciudadano a los tribunales de justicia. Asimismo es una institución sumamente compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los ordenamientos que la consagran, pues comprende no solo aspectos procesales,

sino también aspectos sustantivos, en este sentido el principio de que la resolución que se dicte en el proceso debe ser razonable, congruente con la controversia planteada. (pp. 152-195)

Derecho a la Defensa.- Establecido en la Constitución Política en su artículo 139, inciso 14, incorporado de la misma forma en el Código Procesal Penal en el artículo IX del Título Preliminar, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, numeral 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos en el literal d, inciso 2 del artículo 8; LOPJ en sus artículos 7, 284, 295 y 299 y LOMP en sus artículos 82 y 94.

El derecho a la defensa es el que tiene el ciudadano a ser asistido en su defensa en cualquier proceso y en el estado en que se encuentre, siendo la variante del derecho de defensa, la autodefensa, según la cual es el mismo imputado quien va a ejercer su defensa, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso (artículo 68 del Código Procesal Penal). La defensa adquiere un rol sumamente importante en el nuevo proceso penal, operando el principio nulla probatio sine defensione (no hay prueba sin defensa), con ello se puede sostener el derecho a poder disponer de los medios adecuados para preparar su defensa y el acceso a los documentos y prueba en los que se basa tal imputación. (pp. 193-195)

2.2.4.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio

El delito de Violación Sexual a menor de edad.-

Regulación.-

Se encuentra previsto en el art. 173 del Código Penal Peruano, que según dicho artículo señala: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Sí la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. (Jurista Editores, 2015, p.157).

Tipo del Injusto.-

a) Bien Jurídico.- En esta figura delictiva tal como señala Peña Cabrera Freyre (2015) se tutela la indemnidad sexual o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad, ahora la moralidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad.

Entendiéndose éste como del normal desarrollo de la sexualidad, en cuanta esfera que se puede ver gravemente comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades también sean mayores.

b) Sujetos.-

b.1. Sujeto Activo.- El autor del abuso sexual a un menor puede ser tanto un hombre como una mujer.

[...] Lo que se incrimina es el abuso sexual, el aprovechamiento de la minoridad del sujeto pasivo, para la configuración del acceso carnal sexual; este abuso puede provenir tanto de un hombre como de una mujer. Si el autor es menor de edad, resulta un infractor de la ley penal, por lo que su persecución será de competencia de la justicia de familia. (Peña Cabrera Freyre, 2015, p.357)

b.2. Sujeto Pasivo.- Solo puede ser el menor de catorce años, sea hombre o mujer, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psico-físico que haya alcanzado o de si ha tenido antes o no experiencias sexuales o sentimentales o de cualquier otra índole.

Pero también vendrían a ser comprendidos los menores de dieciocho años y mayores de catorce, luego de la sanción de la Ley N° 28704, relativizado por la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional. (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 358).

c) Acción Típica.- El artículo 173 exige el acto sexual u otro análogo. Es decir que para que se realice típicamente esta figura la ley prescribe la realización del yacimiento o de un acto parecido. En tanto que la noción de “acto sexual” según la nueva descripción típica actual, normativamente se ha definido que el acceso carnal puede ser vía vaginal, anal o bucal tratándose del miembro viril, pudiéndose perfectamente producir una violación a la inversa. En tanto que la Doctrina y la Jurisprudencia consideran como “acto análogo” los actos contra natura (coitus per anum) que se hacen sufrir a una niña o a un niño; teniendo que por medio de la amplitud que se desprende de la conducta típica, hace extensible la realización delictiva, al acceso carnal que puede producirse con el ingreso del miembro viril en las vías vaginal, anal y

bucal, de otras partes del cuerpo en las dos primeras vías así como otros objetos. (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 360).

Tipo Subjetivo.- La única modalidad comisiva que acepta el delito de violación sexual de menores es el dolo no excluyendo ninguna forma de dolo. (Castillo, 2002, p.301).

En los casos límites del delito de violación sexual de menores y la posibilidad de la concurrencia o no de un error se relacionan directamente y de forma fundamental con la existencia o no de una representación de la alta probabilidad de que la víctima tenga esta u otra edad. Por lo que como sostiene Peña Cabrera Freyre (2015) implica el conocimiento de la edad de la víctima y la información del carácter delictivo del hecho. (p. 363).

Circunstancias Agravantes.- La legislación penal peruana vigente establece en el último párrafo del art. 173 del Código penal una circunstancia agravante que posee dos variantes referidas al delito de violación sexual de un menor logrado por el autor mediando: 1) Cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o; 2) Cuando le impulse a depositar en él su confianza.

Sin embargo es preciso señalar que en el presente artículo en su propio contenido aparecen circunscritas penas tanto de privativa de libertad como de cadena perpetua, con relación a la edad del menor y por la posición, cargo o vínculo familiar; aunado que se le suma a ello el art. 173-A relacionado también a los resultados desencadenantes producto de la violación sexual a menor de edad seguida de muerte o lesión grave; no obstante contravenir de algún modo los principios de humanidad y principio de las penas, pese al delito cometido.

- a) **Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima.-** La primera modalidad de la agravante contiene referencia a un delito especial, en virtud a que el delito no puede ser cometido por cualquier persona, sino por aquel que ocupa una posición, cargo o vínculo familiar que le da una particular autoridad sobre el menor de catorce años.

Por ello no basta ni es suficiente que el juez constate que una persona tiene un vínculo, cargo o posición, dentro de la familia o fuera de ella, sobre el menor sino que en última

instancia ha de comprobarse y acreditarse la mencionada superioridad. (Castillo, 2002, p.307).

Asimismo, junto a la superioridad, debe existir el abuso de dicha condición. Ya que lo que en realidad legitima el castigo no es el solo empleo de la posición de superioridad o la existencia de la misma, sino el abuso que el autor hace, entendiéndose el citado abuso como no violento, ejemplo de ello se tiene las relaciones incestuosas, con el fin de evitar de manera genérica el concurso entre el tipo básico de la violación sexual art. 170 y el tipo del abuso sexual de menores art. 173 del Código Penal.

Cabiendo señalar según Castillo (2002) que “La posición debe entenderse como la categoría o condición personal, social o jurídica de una persona respecto a otra. El cargo puede ser sinónimo de empleo u oficio o como una delegación de ciertas funciones ya sea dentro de la esfera pública o privada. Mientras que, el vínculo familiar se construye a partir de la relación de parentesco que existe entre el autor y la víctima y puede ser sanguíneo o por afinidad como puede ser en línea recta o línea colateral”. (p.308). Por lo que no se puede equiparar vínculo familiar con vínculo o relación afectiva o de proximidad.

Con relación a la calidad de cargo o posición puede provenir de un maestro, profesor o institutriz, como también del tutor, albacea o guardador del menor, a pesar de que cumplan funciones o roles específicos y se relacionen directa o indirectamente con el menor, así como se incluyen las nanas o mayordomos. El autor Castillo (2002) refiere que se encuentran inmersos en este rubro las personas que desempeñan también posiciones o cargos privados y no solo públicos. Y que referente a la posición, cargo o vínculo familiar, señala, que éstas generen una particular autoridad del autor sobre la víctima, es decir; la cual obra como el influjo fáctico-jurídico que genera en el menor, bien temor, respeto o confianza para realizar el acto sexual u otro análogo.(pp.309-310).

Por lo que para la ley, el fundamento de la superioridad, se ha de expresar bajo la condición de autoridad que no es otra cosa que la posición de poder que confieren las

normas sociales o jurídicas a un sujeto y que le ponen en una situación jurídica de preeminencia respecto al sujeto pasivo.

- b) Que le impulse a depositar su confianza (abuso de confianza).**- La confianza supone la existencia de una relación personal, dado que esta situación es la única que puede generar una mutua lealtad o una recíproca confianza. Es irrelevante el motivo o la causa generadora de la confianza. Pudiéndose tratar de una relación laboral, de una relación afectiva, sentimental (amical) o de otra índole. Lo único determinante es comprobar si realmente existió dicha relación, sin hurgar ni detenerse en analizar el origen de la misma. (Castillo, 2002, p.310). Por lo que no es indispensable que exista algún tipo de vínculo jurídico (contractual o de subordinación laboral) o alguna relación de parentesco, siendo que la modalidad de cómo se logre la confianza no importa. Ella puede establecerse de manera expresa o tácita.

En tanto que la confianza no se debe determinar como tampoco la aplicación de la agravante, solo sobre la base de una realidad objetiva, sino que se hace necesario comprobar el nexo subjetivo, y en el que un sujeto quiere y demuestra la confianza al otro. No hay confianza cuando una de las partes no confía en la otra. Asimismo, ella falta cuando subjetivamente hay plena confianza o la creencia de la lealtad del otro, pero de modo permanente se demuestra con actos externos todo lo contrario.

La agravante no se aplica cuando una de las partes cree que las relaciones de confianza se han roto o han desaparecido pero desde el punto de vista del otro se mantienen incólumes.

Lo que se conlleva a sostener que la ley quiere decir, es que el autor, en virtud de las relaciones de confianza existentes con la víctima u otra persona relacionada estrechamente con ella, se ha valido o abusado de la confianza para cometer el delito. Si no hay aprovechamiento de la confianza no hay delito alguno.

Empero, si bien la agravante tal como señala Peña Cabrera Freyre (2015) trata de sostenerse sobre una posición de dependencia de la víctima hacia al agente, la misma no es clara y precisa en su redacción contraria al principio de legalidad, el mismo que

requiere que la conducta prohibida por la ley penal se encuentren delimitadas de manera expresa e inequívoca, hecho que no acontece en el presente supuesto. Por consiguiente, la agravante se configura como un tipo abierto. (p.378)

Consumación.-

Según Peña Cabrera Freyre (2015) refiere:

El delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal, en cualquiera de las vías descritas en el tipo base, basta para la perfección delictiva que el miembro viril ingrese de forma parcial, así como otra parte del cuerpo u objetos sustitutos del pene. No se requiere el yacimiento completo, ni siquiera un comienzo de aquél; así como tampoco la fecundación; menos la desfloración, éste será a lo más un dato objetivo para acreditar la relación delictiva, entre la conducta generadora del riesgo y la causa del resultado lesivo.

Con relación a la tentativa es admisible, esto es, el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo; más al no mediar ni violencia ni amenaza grave, la calificación de las formas de imperfecta ejecución es una tarea valorativa no muy fácil de concretar. Serían todos aquellos actos tendientes a obtener el consentimiento viciado del menor, la seducción, el engaño, el ofrecimiento de ciertos favores, etc.; más en el caso en que se ejercite violencia (vis absoluta), sobre la víctima, dichos actos constituirán el comienzo de los actos ejecutivos, a pesar de no estar descritos en la tipificación penal. (pp. 367-368).

El delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal o la realización de actos análogos, no se requiere yacimiento completo, habiendo consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene, por la inmadurez del órgano sexual de la ofendida. (EXP. N° 1205-94-LIMA-DATA 30,000. G.J. ART.173)

2.2.5. Recurso de casación

2.2.5.1. Conceptos

El recurso de casación tiene por objeto comprobar la correcta aplicación de la ley al caso juzgado. Consecuentemente su fundamento es la infracción de una disposición legal aplicada, siendo que la ley penal puede haber sido infringida en forma directa o indirecta tal como sostiene Bacigalupo (citado por Benavente & Aylas, 2010) “En *forma directa* cuando el tribunal ha subsumido incorrectamente bajo determinada ley penal un hecho correctamente determinado. En forma *indirecta*, por el contrario, cuando la subsunción es en sí misma correcta, pero los hechos han sido incorrectamente establecidos. Siendo que en este último supuesto, por lo general, se trata de la infracción de los preceptos constitucionales que excluyen la arbitrariedad y establecen los principios según los cuales no es posible valorar ciertas pruebas

o exigen que el tribunal se ajuste a criterios racionales en la determinación de los hechos”.
(p.34)

Este recurso se encuentra previsto en el artículo 427 y siguientes del CPP, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. Se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: in iudicando como in procedendo. De ahí que queden excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito (el in iudicando in factum), en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba.

Cabe señalar también lo sostenido por Díaz (2014) quien refiere:

Recurso de impugnación de carácter extraordinario, limitado e inimpugnable, que se interpone para ser resuelto por la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial, con la finalidad de que se anulen determinadas sentencias o autos que ponen fin al proceso, cuando contravienen la Constitución, las normas legales de carácter sustancial o procesal cuyo incumplimiento es sancionado con nulidad, la lógica o la jurisprudencia de carácter vinculante emitida por la corte Suprema o el Tribunal Constitucional. (p.47)

2.2.5.2. Fines del recurso de casación penal

El recurso de casación según Benavente & Aylas (2010) cumple una finalidad directa o inmediata: La tutela de intereses de las partes, y junto a ella, necesariamente alguna de las tres siguientes funciones: nomofiláctica o de defensa de la orden jurídica en su conjunto; Unificador de la jurisprudencia nacional; y Control de logicidad.

A. Fin inmediato: la tutela de intereses de las partes

También llamada función dikelógica, el recurso de casación no deja de ser un recurso extraordinario, a favor de una de las partes del proceso penal que no se encuentre conforme con determinada decisión jurisdiccional taxativamente señaladas en las disposiciones legales, así, a través del recurso de casación, el recurrente persigue, la reparación de un agravio producido en su contra. En el mismo sentido Benavente (citado por Díaz, 2014) refiere:

“Por la función dikelógica se busca hacer justicia del caso concreto, apareciendo así como un medio impugnativo (recurso) impulsando por el particular que sufre el agravio de la sentencia.

Conseguir justicia al caso concreto, es el fin real que tiene un abogado al sustentar la casación (...) el riesgo de este fin es que se consideraría al tribunal de casación como una tercera instancia; ya que si bien la actividad casatoria persigue desde sus orígenes la preservación y aplicación correcta del derecho objetivo, no se puede dejar de lado la existencia del agravio de carácter subjetivo". (p.62)

En relación con esta función los numerales 1 y 2 del artículo 433 del Código Procesal Penal se ha establecido la facultad de la Sala Penal de la Corte Suprema (en el supuesto de que declarara fundado el recurso de casación y considere que no es necesario un nuevo debate), poder pronunciarse sobre el fondo de la controversia dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido.

Otras manifestaciones del fin inmediato de tutela de intereses de las partes del proceso penal lo encontramos en el numeral 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal cuando atribuye la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema solo a las causales expresamente invocadas por el recurrente y en el artículo 406 del mismo cuerpo normativo que reconoce la posibilidad de desistimiento del recurso de casación por quien lo interpuso.

B. Fines Mediatos

Según Benavente (2010) son las siguientes funciones:

➤ **Finalidad protectora de las garantías constitucionales:**

El artículo 429, inciso 1) del Código Procesal Penal precisa que el recurso de casación procede cuando 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.

Sobre esta finalidad, González-Cuéllar, (citado por Benavente & Aylas, 2010) refiere:

“en conexión con la defensa del ius litigatoris (que en el caso español está traducido en los derechos fundamentales de la persona) y el carácter subsidiario del amparo, comenta que no es dudoso que en la actualidad pueda reputarse como fin de la casación de protección de derechos fundamentales. De esta forma, tanto el Tribunal Supremo como el recurso de casación se constituirían en filtro que aliviaría de trabajo al Tribunal Constitucional, especialmente si, de lege ferenda, se impide recurrir al proceso de amparo para enjuiciar la constitucionalidad de una sentencia si no lo hizo antes el tribunal Supremo a través del recurso de casación. La protección de los derechos fundamentales se erigiría, de esta forma, en motivo de casación junto al esencial de unificación de la doctrina jurisprudencial. En similar sentido, Gimeno Sendra relata la función de cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento, así como Neyra Flores, al enlazar esta finalidad con el ius constitutione.

Sin embargo, se critica esta finalidad, dado que, resulta complicado distinguir, en el caso concreto, si una infracción a las garantías constitucionales justifica la interposición de la casación penal, o bien, la interposición de una demanda de hábeas corpus o amparo, según fuese el caso máxime si en ambos supuestos se cumple con el requisito del no consentimiento, por parte del agraviado, de la resolución judicial cuestionada. Y esta situación se agrava si en países como España o Colombia una de las mayores falencias es el retraso en la justicia penal, cuando el justiciable disconforme con las resultas de la casación penal ventilada en el tribunal o Corte Suprema recurre a la jurisdicción constitucional so pretexto de la inobservancia de principios o garantías constitucionales, que a su vez, atentan contra derechos constitucionales”. (pp. 59-60)

Esta preocupación también la expresa el jurista español Vicente Guzmán, quien precisa que el verdadero filtro para la protección de los derechos fundamentales es el amparo, debiéndose centrar la casación en el cumplimiento exclusivo de la tarea unificadora.

De igual forma, Serrera Contreras (citado por Díaz, 2014) acota que el tribunal Supremo, vía casación, no debe atribuirse el conocimiento de infracción a derechos fundamentales por tres razones: a) sería una sobrecarga de trabajo para el tribunal Supremos; b) oscurecería la labor de los demás órganos judiciales en la protección de los derechos fundamentales; y, c) porque todos los recursos de amparo se darían contra sentencias del Tribunal Supremo lo que no sería bueno. (p.60)

➤ **Finalidad sancionatoria de nulidad por infracciones procesales:**

El artículo 429, inciso 2 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación procede cuando la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Advertencia inexcusable al abordar el tratamiento de esta cuestión es la que supone adentrarse de lleno en el terreno de lo que tradicionalmente se ha denominado errores in procedendo, por contraposición a los errores in iudicando. Sin embargo, se impone una serie de precisiones dirigidas a establecer hasta qué punto deben tener acceso a la casación de las infracciones de normas procesales.

En principio, no todas las infracciones de ley procesal constituyen motivo para recurrir en casación, sino solo aquellas que por su gravedad pueden repercutir en la validez de la relación procesal, especialmente en la sentencia. Frente a ello, compete al legislador establecer concretos y tasados casos en los que los errores in procedendo se estiman motivo de casación.

Y es la interpretación que se debe dar al inciso 2) del artículo 429 del Código Procesal Penal, dado que nos remite a aquellas leyes procesales cuya inobservancia, expresamente, está sancionada con nulidad.

Por otro lado, en la gran mayoría de los casos en los que se produce una infracción de ley procesal, difícilmente puede justificarse que el recurso de casación cumpla una exclusiva misión de uniformar la jurisprudencia, porque se trata de preceptos que normalmente no implican interpretación: se aplican o se inaplican, se cumplen o se incumplen, pero difícilmente pueden existir discrepancias judiciales sobre su sentido o significado. Pero, puede afirmarse, que es posible y necesaria la unificación en la aplicación de la ley, aunque esta sea en muchas ocasiones simple resultado indisoluble del mismo ejercicio del control casacional Chioyenda (citado por Benavente & Aylas, 2014, p. 61).

Sin embargo, Guzmán (citado por Benavente & Aylas, 2014) la razón que justifica que las infracciones de las normas jurídicas procesales sean motivo de casación debe apoyarse, también, en la existencia de una tarea de control sobre la actuación de los órganos inferiores y, por ende, de la regularidad del proceso que la casación está llamada a cumplir, algo que podría catalogarse como función disciplinaria, señaladamente en materia de motivación (p.62)

➤ **Unificación de la Jurisprudencia:**

El recurso de casación busca que exista un criterio de interpretación unificada lo cual garantiza dos principios de orden constitucional: la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley; en ese sentido Neyra Flores estima que sería la función primordial del recurso de casación, ya que para la función nomofiláctica de defensa de la legalidad no es necesaria una Corte de Casación. (Díaz, 2014, p.65). Posición que no se comparte, puesto que la defensa de la legalidad que realiza la Corte Suprema a través del recurso de casación, a diferencia de otras instancias jurisdiccionales, tiene un objeto distinto, las sentencias o autos que son expedidas en segunda instancia no pueden ser impugnables mediante otro recurso que no sea el recurso de casación.

El Código Procesal Penal ha reconocido esta función de la casación al señalar de manera expresa en su artículo 433, numerales 3 y 4, la posibilidad de que la Sala de oficio o a pedido del representante del Ministerio Público pueda 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 expresa la modifique.

En el supuesto de que existieran otras salas penales, diferentes a la Sala Penal que está viendo el recurso, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al pleno casatorio de los vocales en lo penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta, para este 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.

De igual manera, si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del representante del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, con relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente, se reunirá el pleno casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema, quienes luego de convocar para la vista de la causa tanto al representante del Ministerio Público y/o Defensoría del Pueblo, adoptarán una decisión, la misma que se llevará a cabo por mayoría absoluta. En todos estos supuestos, la resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial El Peruano.

Asimismo, el único supuesto por el cual procede la casación discrecional, regulado en el artículo 427, numeral 4, del nuevo Código Procesal Penal, es cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, considere necesario casar la sentencia para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

➤ **Finalidad de control de la logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales:**

El artículo 429, inciso 4) del Código Procesal Penal precisa que el recurso de casación procede cuando la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Del tenor legal se observa una nueva finalidad de la casación, la cual el profesor Morello (citado por Benavente & Aylas, 2010) describe como la de ejercer en supuestos determinados una imprescindible revisión de los fundamentos o motivos que sustentan solo de modo aparente a la decisión, al haber incurrido el raciocinio en graves vicios o defectos lógicos en el juicio de hecho. Esta función impide que todo juez, con base en discurrir lógico inadecuado, expida autos o sentencias contrarias a derecho, sea por defectos de fondo o de forma. Este fin es conocido como de control de la logicidad de las sentencias. (p.62)

En ese sentido, será la motivación que el juez presente en sus resoluciones la que nos indique si este razonó correctamente o violó las reglas lógicas. Cuando el juez comete algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, la doctrina señala que su decisión presenta un error in cogitando, dando con ello origen a un control de logicidad de las resoluciones judiciales. Para Zavaleta Rodríguez, los errores in cogitando son aquellos vicios del razonamiento derivados de la infracción de los principios y las reglas de la argumentación, relacionados con el defecto o la ausencia de las premisas mayor o menor de la inferencia jurídica.(Benavente & Aylas, 2010, p.62)

Desde esta perspectiva teleológica, la inadecuada valoración de las pruebas solo podrá ser revisada cuando se infringe un principio lógico, pero no cuando se viola una máxima de la experiencia; es decir, no se permite un control íntegro del respeto del método de valoración de las reglas de la sana crítica.

En suma, el error in cogitando puede presentarse, por un lado, por la falta de claridad de los hechos, o, por otro lado, de los datos jurídicos. Con relación al *primer supuesto*, se produce cuando la relación de los hechos probados que se hace en la sentencia aparece confusa, dubitativa, imprecisa. En este caso el juzgador ha empleado expresiones ininteligibles u oscuras, que hacen difícil la comprensión del relato, o incurrido en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos. Sin embargo, estas deficiencias, para constituir un motivo valedero de casación (penal), explica Luzón Cuesta, deben estar en conexión con los condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados, provocando una laguna o vacío en la descripción histórica de estos, que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica, de forma que no puede orientar, dentro del silogismo en que la sentencia

queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio o absolutorio.(Benavente & Aylas, 2010, p.63)

Con relación al *segundo supuesto*, y siempre en el contexto de la casación penal, se presenta cuando en las consideraciones de la sentencia se consignan referencias judiciales sobre la antijuridicidad penal de los hechos, la imputación personal o la individualización de la pena o la reparación civil confusas, dubitativas o imprecisas. El tribunal ha empleado expresiones oscuras o de imposible comprensión, que imposibilitan comprender el juicio jurídico y deslindar con seguridad los exactos motivos que sustentaron un determinado sentido el fallo, en rigor, de su parte resolutive.

Asimismo, los errores in cogitando se agrupan en: a) falta de motivación; y, b) defectuosa motivación.

En el primer supuesto, el error revela una ausencia total de fundamentos, no obstante, el deber que les viene impuesto, la motivación es aparente, insuficiente o defectuosa. Es *aparente*, porque disfrazan o esconden la realidad a través de hechos que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron o fórmulas vacías de contenido que no se condicen con el proceso. Es *insuficiente*, cuando el juez no respeta el principio lógico de a razón suficiente, es decir, cuando las pruebas en las que se basa su conclusión sobre los hechos no solo puede inferirse de aquella, sino también otras conclusiones. Es *defectuosa* cuando el juez viola los principios lógicos o las reglas de la experiencia

2.2.5.3. Características de la Casación

Tiene como principales características según Díaz (2014) las siguientes:

- i. **Naturaleza Jurisdiccional.-** En la actualidad, a diferencia de lo que ocurría con el Tribunal de Cassation que dependía del órgano legislativo, el órgano que resuelve el recurso extraordinario de casación tiene naturaleza jurisdiccional.
- ii. **Recurso extraordinario.-** Debido a que solo puede ser interpuesta frente a determinadas resoluciones y por los motivos expresamente señalados en la ley, ello supone la existencia de otros medios de impugnación ordinarios que garanticen la pluralidad de instancias reconocido en el numeral 6 del artículo 139 de nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el

párrafo 5 del artículo 14 dispone que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley”, en igual sentido la Convención Americana dispone en el literal h) de su artículo 8.2, que toda persona acusada de un delito “tiene derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”.

Respecto a esta característica el artículo 427 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación solo 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.

Siendo la exigencia mayor, en el sentido que no todas las resoluciones enumeradas pueden ser objeto de casación, sino aún ellas deben cumplir determinados requisitos para que pueden ser objeto de casación; así, tratándose de sentencias, el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal debe tener fijado en la pena conminada en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años y si la sentencia impusiera una medida de seguridad, esta debe ser de internamiento. Tratándose de autos que pongan fin al procedimiento, el delito imputado más grave debe tener señalado en la Ley, en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años.

En el caso que la impugnación se refiera a la responsabilidad civil, derivada del delito, el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia debe ser superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o que el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

Teniendo en cuenta las exigencias establecidas por el Código Procesal Penal para la procedencia del recurso de casación, la opinión de Nieva (citado por Díaz, 2014) en el sentido que el hecho de que solo ciertas resoluciones pueden ser recurridas en casación, constituye un rasgo que podría contribuir a caracterizar a la casación como extraordinaria, no hace otra cosa que confirmar esta característica del recurso de casación. (p.49)

Frente a los autores que critican el carácter extraordinario de la casación, hay que dejar en claro tal como lo afirma Calvete en el sentido de que la casación no es una tercer instancia y que considerarlo de esa manera, en lugar de consolidar a la casación se pone en peligro su razón de ser y su utilidad para el proceso penal, en particular, y el ordenamiento jurídico, en general.

- iii. **Efecto no suspensivo.-** La interposición del recurso de casación, al igual que los otros recursos contemplados en el nuevo Código Procesal Penal y a diferencia de la casación en materia civil, no suspende los efectos de la resolución impugnada conforme lo señala el artículo 412 del citado texto normativo:

Al respecto Nieva (citado por Díaz, 2014) manifiesta:

“(...) el efecto no suspensivo del recurso acaece en los orígenes de la casación como consecuencia de que el Tribunal de Cassation no era un órgano jurisdiccional, no pudiendo por lo tanto suspender las decisiones de la jurisdicción sin romper la división de poderes (...)” (p.50).

- iv. **No constituye un reexamen de la controversia.-** Esta característica tiene su origen en el artículo 3 de los decretos de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, que regulaba las funciones del Tribunal de Cassation, en el que se establecía expresamente la prohibición para dicha instancia de entrar a conocer el fondo del conflicto intersubjetivo o social, lo que como

refiere, Vecina, era coherente con su función netamente nomofiláctica (en la medida que un error en la calificación de los hechos no menoscababa, al menos directamente, la obra del legislador) y su carácter no jurisdiccional (pues conforme a ello el Tribunal de Cassation no tenía potestad para resolver sobre el fondo de la controversia y solo se limitaba a declarar la nulidad de la resolución) (Díaz, 2014, p.50).

El recurso de casación, en principio, se constriñe al análisis de las cuestiones de Derecho, en ese sentido dicho recurso no constituye una tercera instancia en el que pueda realizarse un nuevo examen de las cuestiones de hecho discutidas en instancias inferiores. “A diferencia del recurso de apelación común que provoca un nuevo examen del caso por parte del tribunal ad quem, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, el de casación solamente admite la posibilidad de que el tribunal superior realce un examen jurídico de la sentencia” (González, citado por Díaz, 2014). (p.51).

Por lo que para Nieva esta característica del recurso de casación, de no poder discutir sobre los hechos, ésta vinculada y configura decisivamente la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

Esta limitación del recurso de casación se encuentra reconocida en el numeral 2 del artículo 432 del Código Procesal Penal que expresamente dispone que: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia casatoria”.

- v. **Limitado.-** El artículo 432 del Código Procesal Penal, en el que se fija la competencia y los límites del pronunciamiento de la Corte Suprema, se señala que la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce solo sobre errores jurídicos que pudiera contener la resolución recurrida y que hayan sido objeto de impugnación por la parte recurrente.

Una cuestión importante es que el carácter limitado de la casación, solo es factible en aquellos ordenamientos jurídicos en que el recurso de casación constituye una forma de llegar a una “tercera instancia”, más no así, en aquellos ordenamientos jurídicos en que sustituye al recurso de apelación pues en dicho caso, poner limitaciones al recurso de casación constituye una vulneración a un derecho fundamental como lo es el derecho a la pluralidad de instancias.

- vi. **Inimpugnable.-** De conformidad con el artículo 436 del Código Procesal Penal lo que se resuelva en la sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria que pudiera interponerse. Del mismo modo, tampoco puede ser objeto de impugnación la sentencia que se dicta en el juicio de reenvío por la causal que fue acogida en la sentencia casatoria. Sí lo será, en cambio, si se refiere a otras causales distintas a las resueltas por la sentencia casatoria.

2.2.5.4. Causales para la interposición de recurso de casación

El Código Procesal Penal establece en su artículo 429 las causales por las cuales puede proceder el recurso de casación, sea esta de carácter ordinario o extraordinario:

2.2.5.4.1. Infracción de preceptos Constitucionales

Encontrándonos en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución ha dejado de ser una mera carta política para convertirse en la norma jurídica que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico de un Estado, al cual están sometidos todos los poderes, incluido el Poder Judicial, por lo que a través del proceso de casación la Corte Suprema de la República, como órgano supremo del Poder Judicial, realice este control de constitucionalidad, no de las normas jurídicas abstractas como la realizada por el TC, sino de una decisión (sentencia o auto) de un órgano jurisdiccional inferior que resuelve un caso concreto y en la que se cuestione la falta de observancia de las garantías prescritas en la Constitución, sean estas de orden procesal o sustancial, o que se haya aplicado de manera indebida una norma constitucional o se haya realizado una interpretación errónea de alguna de ellas.

Los supuestos de vulneración de garantías constitucionales, sea, por su inobservancia, aplicación indebida o su errónea interpretación, se encuentra en directa relación con la naturaleza de los órganos jurisdiccionales ordinarios, como defensores inmediatos de la Constitución y con la obligación de preferir la Constitución antes que a una norma legal

ordinaria prevista en el artículo 138 de nuestra Carta Magna.

Compartiéndose lo sostenido por Iguarán (citado por Díaz, 2014) “Hoy se busca principalmente con el recurso de casación la efectivización de los derechos, en especial la de los derechos fundamentales, en el entendido que estos cumplen una función integradora e inspiradora de todo el ordenamiento jurídico y realizar la interpretación de todas las normas e instituciones del ordenamiento” (p.69)

Cabiendo señalar lo expresado por Díaz (2014) que “el recurso de casación no debe quedarse en los supuestos de contravención de las disposiciones constitucionales sino que también debe proceder cuando se hubiera desconocido o vulnerado tratados internacionales en materia de

derechos humanos de los que el Perú forma parte y la decisión de la Corte Interamericana en esta materia”. (p.70).

2.2.5.4.2. Infracción de normas procesales

El proceso penal está sujeto a determinadas formalidades que no tienen una justificación en sí mismas, sino que son necesarias en la medida que garantizan el respeto de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la defensa, la pluralidad de instancias, el derecho a un recurso rápido y efectivo, entre otros derechos de orden procesal, por lo que, cuando se habla de infracción de orden procesal se está haciendo referencia a la inobservancia de aquellas normas legales de orden procesal que por su importancia en el proceso son sancionados con nulidad. Estas normas de orden procesal podrían estar referidas al trámite mismo del proceso o al reconocimiento de derechos de los sujetos procesales que el órgano jurisdiccional está obligado a respetar.

2.2.5.4.3. Infracción a la logicidad de la sentencia

Se produce cuando el razonamiento realizado en la sentencia o auto objeto de casación viola los principios lógicos, así como las reglas de la experiencia, así por ejemplo puede darse que en una sentencia se den argumentos a favor de la absolucón de una persona, y sin embargo, se termine condenando, o cuando se dan argumentos contrapuestos, esto es, cuando en algunos considerandos de la sentencia se n argumentos a favor de la absolucón y en otros argumentos a favor de la condena y no se explica por qué se opta por una u otra alternativa. Por lo que la inclusión de esta causal para interponer el recurso de casación, resultará útil, pues aunque no resulte creíble, en la actualidad aún se evidencian sentencias con contenido interno contradictorio.

2.2.5.4.4. Apartamiento de la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema

Este supuesto se presenta cuando el órgano jurisdiccional se aparta de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema o la que emite el Tribunal Constitucional, conocido también como recurso de casación en interés casacional, señalando que esta causal no se encontraba estipulada en el Código Procesal Penal de 1991, cabe precisar que la *doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema* son aquellos conceptos o definiciones que realiza la Corte

Suprema como máximo órgano del Poder Judicial y a los que se hace referencia expresamente el artículo 433 del CPP.

Por lo que se comparte con el autor Díaz (2014) que dicha causal debería ser modificada a fin de incluir el apartamiento de los “precedentes constitucionales” emitidos por el Tribunal Constitucional, pues estos son distintos a la doctrina constitucional en la medida que éstos regulados en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, son reglas jurídicas que establecen de manera expresa el Tribunal Constitucional al resolver un caso concreto y que debe ser de observancia obligatoria para todos los poderes y organismos del Estado, inclusive para el propio Tribunal Constitucional, quien para apartarse del precedente deberá expresar las razones por las cuales se está apartando. (p.73)

Sin embargo afirma San Martín (citado por Díaz, 2014) que el Código Procesal Penal, a diferencia del Código Procesal Penal de 1991, no contempla el supuesto de “error en la apreciación de la prueba” siendo incompatible con la específica naturaleza del recurso de casación.

2.2.5.2.4. Causales según caso en estudio

De conformidad con el art. 429 del C.P.P inciso 1. Inobservancia de Garantías Constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa. Tal como sostienen los autores Segura & Sihuay (2015) “el término “garantías constitucionales” de contenido material o procesal hace referencia a los preceptos que la Constitución Política reconoce para poder orientar y a su vez limitar nuestro régimen punitivo, así desde una perspectiva material, legalidad penal, la libertad personal, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la intimidad, entre otros; mientras que desde una óptica procesal podemos ver, en esencia, cuatro garantías procesales genéricas, cada una de las cuales cuenta con un contenido propio: el debido proceso, la tutela jurisdiccional, presunción de inocencia, el derecho de defensa procesal” (pp.79-80)

2.2.5.5. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación

Dentro del trámite del recurso extraordinario de casación se puede hablar de requisitos de fondo y forma.

2.2.5.5.1. Requisitos de fondo

De conformidad con el artículo 428 y 430, numeral 1, del nuevo Código Procesal Penal, al interponer el recurso de casación se debe cumplir con los siguientes requisitos de fondo:

- a) Al interponerse el recurso de casación se debe indicar de manera expresa la causal por la que se interpone dicho recurso; en el caso que se interponga el recurso de casación por más de una causal se debe fundamentar cada una de ellas por separado.
- b) Solo debe interponerse contra las sentencias y autos expresamente señalados en el artículo 427 del nuevo Código Procesal Penal.
- c) La parte que interpone el recurso de casación no debe haber consentido previamente la resolución adversa de primera instancia que es confirmada por la resolución objeto del recurso.
- d) No se debe invocar violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos del recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia o auto emitido en primera instancia.
- e) Cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales al recurso de casación interpuesto es necesario dar argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida por la Corte Suprema.
- f) El recurrente debe citar concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

- g) En el supuesto de que el recurrente quisiera que la Corte Suprema realice la casación discrecional, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429 del nuevo Código Procesal Penal, el recurrente debe consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende.

2.2.5.5.2. Requisitos de Forma

De conformidad con el artículo 428, en concordancia con el artículo 405 del nuevo Código Procesal Penal, refiere que al interponerse el recurso de casación se debe cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- a) El recurso de casación debe ser interpuesto por quien resulte agraviado por la resolución impugnada, tenga interés legítimo y se halle facultado para interponer el recurso, incluso el Ministerio Público puede recurrir a favor del imputado.
- b) El recurso de casación debe ser presentado por escrito y en el plazo de 10 días contado a partir de la fecha en que el recurrente es notificado con la resolución que impugna.

2.2.5.6. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 427, numeral 2) del Código Procesal Penal del 2004, la procedencia del recurso de casación está sujeta a las siguientes limitaciones, las cuales son debidamente expuestas por Benavente & Aylas (2014):

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.- Siendo la casación un recurso impugnatorio excepcional que no conlleva el inicio a una tercera instancia, sino el análisis de la legalidad y logicidad de aquellas resoluciones judiciales señaladas en el punto anterior, expedidas por la Sala Penal Superior, se tiene que el texto adjetivo ha establecido restricciones o limitaciones en el objeto de conocimientos, por parte de órgano casatorio.

Así, la primera limitación gira en torno a los autos que ponen fin al procedimiento por ejemplo, aquella que declara fundada una excepción perentoria donde el delito más grave debe estar sancionado, en su extremo mínimo, con una pena privativa de libertad mayor de seis años.

En ese sentido, el empleo del quantum de la pena sirve para determinar que solamente casos de relevancia jurídico-penal, es decir, aquellos que presentan una grave afectación a los bienes jurídicos penalmente protegidos, podrán ser de conocimiento del órgano casatorio.

Aquellos casos que no presentan esa relevancia deberán ser resueltas, en segunda y última instancia, por la Sala Penal Superior, vía el recurso de apelación. (Benavente, p.108)

Sin embargo, el haber mencionado solamente los autos que ponen fin al procedimiento; dando a entender que esta limitación de la pena no es aplicable para los autos de sobreseimiento, así como los autos que declaran la extinción de la acción penal y la pena. No obstante, no se puede compartir con esta interpretación, dado que se iría en contra del carácter extraordinario de la casación penal, abriéndose las compuertas del análisis casatorio a todo problema jurídico-penal, incluso los insignificantes o irrelevantes para el sistema de justicia penal.

No obstante, no puede ser extendida cuando la casación gira en torno a los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, dado que la regulación de estas figuras, de acuerdo con el Código Penal, gira en torno a delitos cuya sanción no excedan de dos años (para los casos de la conversión y la exención de pena), tres años (para el supuesto de reserva de fallo condenatorio) o bien de cuatro años (en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena). En ese sentido, a pesar de que estas instituciones jurídico-penales proceden para delitos sin mayor significado social, el hecho de permitírseles ser objeto de control de la casación se debe no al quantum de la pena, sino por incidir, directamente, en el derecho constitucional a la libertad personal; al negársele la posibilidad, al imputado, de no verse afectado el citado derecho a través de estas medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de libertad. (Benavente, p.109)

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.- La limitación por parte del quantum de la pena también se aplica en aquellas sentencias dictadas por la Sala Penal Superior.

Lo resaltante es que el delito ha de ser tomado en cuenta para la determinación de la pena privativa de la libertad es el más grave mencionado en la acusación del Ministerio Público. Ello, debe ser analizado conjuntamente con la potestad de recalificación jurídica del órgano del juicio oral, regulada en el artículo 374 1) del Código Procesal Penal de 2004. (Benavente, 2010, p. 109) En ese sentido, el juez del juicio oral, no podrá modificar la calificación jurídica de los hechos expuestos en la acusación escrita del Ministerio Público o en su ampliación, salvo cuando ha incorporado una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público.

Sin embargo, debe considerarse adecuado tener como referente la acusación del Ministerio Público debido a que el nuevo sistema de justicia penal se funda en el principio del acusatorio, y en la correlación que debe tener la sentencia con la acusación fiscal (artículo 397 del Código Procesal Penal del 2004)

Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.- Como se sabe, un proceso penal especial es el de seguridad, el cual se aplica para aquellos inimputables o imputables relativos que han cometido, en ese estado, una conducta típica y antijurídica, y que además presenta una peligrosidad jurídico-penal. En este marco, la consecuencia jurídica a aplicárseles es la imposición de una medida de seguridad, ya sea de internamiento o bien la de tratamiento ambulatorio; de acuerdo con lo señalado en los artículos 71 al 77 del Código Penal.

No obstante, por el carácter extraordinario de la casación, solamente aquella sentencia donde se impone una medida de internación es la que puede ser objeto del control casatorio; dado que, y de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 74 del Código penal, esta medida se aplica cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves; procediéndose a ordenar su ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. (pp. 108-110).

2.2.5.7. Clases de Casación

2.2.5.7.1. Por su amplitud

El Código Procesal Penal contempla dos clases de casación: aquella que podríamos llamar ordinaria cuyas exigencias se encuentran previstas en su artículo 427, numerales del 1 al 3 y la casación extraordinaria o también llamada discrecional prevista en el numeral 4 del citado artículo.

- i. *Recurso de casación ordinaria.***- Es el recurso de casación per se, que para su admisión y trámite se requiere que cumpla con los presupuestos legales establecidos de manera taxativa por el Código Procesal Penal, pues de lo contrario debe ser declarado inadmisibile.
- ii. *Recurso de casación discrecional.***- Los autores Velásquez Niño y Sánchez Herrera, comentando la legislación colombiana, refieren que el recurso de casación recibe el nombre de discrecional porque no es un imperativo concederlo, sino que la Corte, a su arbitrio, decide si admite o no el recurso cuando considere que es conveniente para el desarrollo de la jurisprudencia o como garantía de los derechos fundamentales.(Benavente & Aylas, 2014, p.53)

En nuestra legislación nacional este tipo de casación se encuentra regulado en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal, pues en él se dispone expresamente: “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”.

Como una exigencia adicional, el Código Procesal Penal en el numeral 3 del artículo 430, establece que si se invoca esta casación discrecional, sin perjuicio de señalar y justificar la causal que corresponde conforme el artículo 429, el impugnante deberá

consignar de manera puntual las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende; en consecuencia, la Sala Penal Superior antes de conceder el recurso de casación planteado, además de verificar el cumplimiento de las formalidades exigidas por el artículo 405 del Código Procesal Penal y que se invoque

alguna de las causales enumerados en el artículo 429 del citado Código, deberá constatar la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

Por lo que la casación discrecional solo se da en los supuestos en que la Corte Suprema considere que resulte necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, más no como garantía de los derechos fundamentales, pues este último supuesto es motivo de una casación ordinaria.

2.2.5.7.2. Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento

Según (Benavente & Aylas, 2010) a raíz de las causales para interponer el recurso de casación previstas en el artículo 429 del Código Procesal Penal se ha podido clasificar este recurso, en materia penal, en:

- a) **Casación penal constitucional.-** Se plantea cuando 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 o se ha pronunciado en contra de la doctrina jurisprudencial que para tales temas ha establecido la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Se evidencia en los numerales 1) y 5) del artículo 429 del CPP.
- b) **Casación penal procesal.-** También conocida como quebrantamiento de forma; se plantea cuando la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. Se evidencia en el numeral 3) del artículo 429 del CPP.
- c) **Casación penal sustantiva.-** Se plantea cuando 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. Se evidencia en los numerales 2) y 4) del artículo 429 del CPP. (pp.64-65).

2.2.5.8. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano

Respecto a la legislación nacional, se debe precisar que el Código de Procedimientos Penales de 1940 no contemplaba el recurso de casación dentro de los recursos que podrían interponerse en el proceso penal, pues solo contemplaba los recursos ordinarios. Fue recién con el Código Procesal Penal de 1991 que se incorporó por primera vez el recurso de casación en materia penal, sin embargo, las disposiciones referidas a dicho recurso extraordinario nunca entraron en vigencia.

Finalmente, es con el Código Procesal Penal de 2004 en el libro IV la impugnación, en la sección V que contiene los artículos 427 al 436 ha incorporado la casación como un recurso extraordinario, debiendo de concordar estas disposiciones con la sección primera del mismo libro referido a los preceptos generales de la impugnación (artículos 404 al 412) y las

disposiciones de la sección segunda referidos a las clases de medios impugnatorios y el plazo para interponerlos (artículos 413 y 414):

Artículo 427.- Procedencia:

1. 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 Superiores.
2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:
 - a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
 - b) 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.
 - c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.
3. 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.
4. 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.

Artículo 428.- Desestimación:

1. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:
 - a) No se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429;
 - b) Se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;
 - c) Se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,
 - d) El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si esta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso; o si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.
2. También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:
 - a) Carezca manifiestamente de fundamento;
 - b) Se hubiera desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.
3. En estos casos la inadmisibilidad del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a algunos de ellos.

Artículo 429.- Causales:

Son causales para interponer recurso de casación:

1. 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.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. 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.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Artículo 430.- Interposición y admisión:

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.
2. Interpuesto el recurso de casación, la Sala Penal Superior solo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen distintas de los enumerados en el código.
3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.
4. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.
5. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior.

Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.

6. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se

expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

Artículo 431.- Preparación y audiencia:

1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.
2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación.
3. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si existen varios recurrentes, se seguirá el orden fijado en el numeral 5) del artículo 424, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.
4. Culminada la audiencia, la sala procederá, en lo pertinente, conforme a los numerales 1) y 4) del artículo 425. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte con cuatro votos conformes.

Artículo 432.- Competencia:

1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo cuando a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.
2. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos.
3. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyen en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

Artículo 433.- Contenido de la sentencia casatoria y pleno casatorio:

1. **Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso.** La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.

Al respecto, la sentencia casatoria es la resolución o ejecutoria suprema que dicta, en este caso, la Sala Penal de la Corte Suprema, luego de haberse desarrollado la audiencia de casación.

En ese sentido, hay un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión impugnatoria, donde el órgano casatorio analiza la presencia o no de una infracción de derecho, y si lo hubiese, procederá a la corrección respectiva. Ahora bien, la función de corregir la infracción normativa dependerá del tipo de error detectado por el tribunal de casación:

Si es un error in iudicando, entonces la Sala Penal de la Corte Suprema, no solamente anulará la sentencia recurrida, sino que emitirá opinión resolviendo el fondo, no de la impugnación, sino del proceso penal; aplicando, para este caso, la norma material debida o estableciendo el correcto sentido o interpretación de la misma.

Es lo que se conoce como sistema de casación sin reenvío, donde el propio órgano casatorio establece una nueva situación jurídica en cuanto a los hechos materia de proceso. En el caso penal, ello significaría condenar o absolver al procesado; y si es condena, establecer el tipo penal, si hay agravantes o atenuantes, el quantum de la sanción punitiva, así como la presencia de medios alternativos o sustitutos a la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. Si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo, dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido.

Si es un error in procedendo, entonces la Sala Penal de la Corte Suprema anulará la sentencia recurrida, así como los actos procesales conexos a la infracción del procedimiento, ordenando el regreso de los actuados al órgano inferior respectivo a fin que el proceso se reanude a partir del momento del vicio procesal. Es lo que se conoce como sistema de casación con reenvío, porque el órgano de casación no modifica el fondo de la situación jurídica del procesado, sino que ordena que de nuevo se realicen aquellos actos procesales afectados por un vicio procesal y que originó la declaratoria de nulidad.

Si se decide la anulación con reenvío, indicará el Juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos, procederá de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema.

Si es un error in cogitando, lo usual es que se aplique las reglas de la casación sin reenvío, dado que, si se está ante una deficiente motivación de la sentencia, la Sala Penal de la Corte Suprema, aplicando su función correctora, establecerá un marco jurídico aplicable al caso concreto con los fundamentos normativos adecuados.

Si es una inobservancia de las garantías constitucionales, dependerá si la misma equivale a una infracción de procedimiento (casación con reenvío) o si genera un error in iudicando (casación sin reenvío).

3. En todo caso, la Sala de oficio o a 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.
4. Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, con relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.

Artículo 434.- Efectos de la anulación:

1. La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial.
2. Si no han anulado todas las disposiciones de la sentencia impugnada, esta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutive de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, qué partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

Artículo 435.- Libertad del imputado:

Cuando por efecto de la casación del auto o sentencia recurridos deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. De igual modo procederá, respecto de otras medidas de coerción.

Artículo 436.- Improcedencia de recursos:

1. La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en este Código.
2. Tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Si lo será, en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.

2.2.6. Derecho a la debida motivación

2.2.6.1. Importancia a la debida motivación

Si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna y por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas.

Por ello el razonar del juez es un continuo ejercicio por construir buenas razones, por edificar permanentemente el respeto por las reglas de la lógica y por lograr una pretensión de corrección que finalmente persuada, es aquí donde se expresa con calidad propia una decisión judicial.

2.2.6.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces

En cuanto a la labor de nuestros jueces y fiscales en cuanto a la construcción de sus decisiones judiciales deben ir siempre acompañadas por los estándares de la lógica como de una adecuada justificación de argumentos.

Por ello el razonamiento de las premisas puede llevar valederamente a una conclusión, encontrándose el valor de la lógica para la disciplina del derecho en general, que exista una congruencia de conclusiones valederas. Sin embargo la lógica solo nos garantiza la validez formal de las premisas, es decir, sus asertos, pero no garantiza la verdad material de estas, lo que nos llevaría a cerciorarnos de que las premisas sean realmente verdaderas, es decir a una constatación de las premisas.

Tal como sostiene Figueroa (2014) que ante una adecuada secuencia en la construcción del razonamiento jurídico se requiere cual es la adecuada justificación de las decisiones judiciales

expresada en respectivos argumentos, por ello es importante tener en consideración los siguientes aspectos relacionados al tema:

- i. **El ordenamiento jurídico.-** La visión de un ordenamiento jurídico al desarrollar los jueces un ejercicio argumentativo reviste de enorme importancia, por lo que se comparte con Bobbio en el que el ordenamiento jurídico goza de tres caracteres esenciales:

De unidad.- Las diversas normas y leyes existentes, forman un todo armónico con la Constitución, en el sentido que todas las reglas, aún las que pudieran en determinado momento colisionar con la misma, forman una unidad representativa, en la cual en la cúspide la Constitución no es solo una norma más, sino la norma que realmente vincula a todos los poderes y por consiguiente, a todas las normas con rango de ley y administrativas. Resolviendo los jueces las controversias en función al ordenamiento jurídico como un todo.

De coherencia.- En razón de que el todo armónico puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, normas que eventualmente pueden llegar a contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, siendo resueltas por los jueces del estado constitucional de diversas formas: por métodos de solución de antinomias bajo criterios *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat anterior* o *lex specialis derogat generalis* cuando trata de conflictos normativos, o bajo otros parámetros: ponderación y principio de proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas-principios.

Frente a lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico, estos deben ser cubiertos, razón por la cual ante los conflictos normativos o colisiones de principios, el juez ante la no presencia de una norma-regla, ley o reglamento que pueda resolver la controversia, tendrá que invocar principios, entendidos como mandatos de optimización, para poder dar solución al conflicto, más aún si se trata de derechos fundamentales. Por eso se debe entender a la teoría del Derecho Constitucional, como una teoría de la integración, en el sentido que siendo insuficiente resolver los conflictos con la ayuda de normas-regla, deba acudir a los contenidos de las normas-principio como manifestaciones de optimización de los derechos fundamentales.

- ii. **Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.-** *El contexto de descubrimiento* no asume relevancia en la argumentación constitucional de los jueces en tanto no es exigible, racionalmente, la explicación de por qué se adoptó una u otra posición interpretativa, pues en gran medida, este tipo de contexto tiene lugar respecto a los criterios de valoración del Juez, a su formación, a su propia idiosincrasia frente a determinados problemas, a cómo ve un determinado problema con relevancia constitucional, entre otros fundamentos de su fuero interno. En ello no puede realizarse un escrutinio de fondo de la decisión pues en este caso, el derecho es explicación, solamente es una enunciación de posición.

Contexto de justificación.- Asume relevancia jurídica en tanto el juez debe explicar, sustentar y argumentar por qué su decisión asume el sentido finalmente adoptado. Es decir; exigencia y requerimiento de fundamentar las decisiones.

Sin embargo, en el contexto de justificación, el juez, se ve impelido para expresar, una a una, las razones, normativas, fácticas o de principios, que le conceden fuerza a su decisión y que propiamente satisfacen la exigencia de una justificación. Si la decisión judicial adolece de estas condiciones mínimas, existe la posibilidad del ejercicio de la corrección bajo las reglas del principio de pluralidad de instancias.

- iii. **Justificación interna y justificación externa.**- En el plano de *justificación interna* se analiza si el fallo ha sido cuidadoso en no entrar en contradicciones manifiestamente incongruentes; es decir se llega a verificar si las premisas fácticas de vulneración de un derecho fundamental se adecúan y tipifican dentro de la norma tutelar constitucional o infraconstitucional.

Por ello se debe apreciar un número considerable de razones que exigen ser delimitadas a través de un ejercicio lógico que denote que efectivamente hay una secuencia de congruencia, de íter procedimental lógico y que no han producido cuando menos contradicciones entre las premisas mayores y las premisas fácticas, o entre los principios rectores de tutela y las circunstancias de hecho expuestas.

En otro ámbito *la justificación externa.*- es una justificación material de premisas: implica un ejercicio de justificación que bien podría ser óptimo cuando justifica su decisión en base a la ley, la doctrina y la jurisprudencia, o bien cuando recurre a un ejercicio mínimo suficiente de la justificación, es decir, aporta cuando menos una sustentación que satisface los requisitos liminares de una justificación suficiente.

En la justificación externa, atendemos fundamentalmente a que en los casos en sede constitucional, los principios que justifican la decisión hubieren sido óptimamente delimitados, y que los hechos que rodean el caso, hubieren correspondido a una adecuada enunciación fáctica. Solo en esos casos, puede entenderse debidamente cumplido el ejercicio de la justificación externa (pp. 18-23)

2.2.7. La sentencia

2.2.7.1. Etimología

Según Gómez (2008), la palabra -sentencia la hacen derivar del latín, del verbo: -Sentio, is, ire, sensi, sensum, con el significado de sentir; precisa, que en verdad que eso es lo que hace el juez al pronunciar sentencia, expresar y manifestar lo que siente en su interior, a través del conocimiento que se pudo formar de unos hechos que aparecen afirmados y registrados en el expediente.

2.2.7.2. La sentencia penal

Cafferata (1998) expone:

Dentro de la tipología de la sentencia, tenemos a la sentencia penal, que es el acto razonado del Juez emitido luego de un debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas con la presencia de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchados los alegatos de estos últimos, cierra la instancia concluyendo la relación jurídica procesal resolviendo de manera imparcial, motivadamente y en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado.

2.2.7.3. Naturaleza jurídica de la sentencia

La sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, es el acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente. Es por eso que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al juzgador la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación. La sentencia debe ser exhaustiva, clara y coherente, constituyendo obligación fundamental del órgano jurisdiccional motivarla debidamente, esto es, analizando y evaluando todas las pruebas y diligencias actuadas con relación a la imputación que se formula contra el agente, precisando además los fundamentos de derecho que avalen las conclusiones a que se lleguen como consecuencia de la tal evaluación. (SALA PENAL. R. N. N° 1903-2005-AREQUIPA)

2.2.7.4. Motivación de la sentencia

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Quien tiene que tomar una decisión importante, reflexiona, sopesa las distintas alternativas y las consecuencias de su posible decisión, y finalmente adopta una de ellas. En la vida cotidiana las decisiones importantes, generalmente, se adoptan como consecuencia de un proceso racional. Entonces, con cuanta mayor razón, para dictar una sentencia, se deben examinar cuidadosamente las cuestiones planteadas y hacer explícito ese análisis. La práctica del Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. (pp. 115-116)

La exigencia de la fundamentación de las sentencias es una conquista de la humanidad, y hoy se lee en los pactos internacionales sobre derechos humanos, como el de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La fundamentación es obligatoria en todas las resoluciones judiciales, sean de primera o segunda instancia, o de casación. No es necesaria en decretos de mero trámite.

Como ya se ha señalado línea arriba, el Superior está facultado para revisar la apreciación probatoria y como consecuencia de ello modificar las cuestiones de hecho y el derecho aplicado.

Si el Superior, al absolver la apelación, coincide con la apreciación probatoria y fundamentación de la apelada, no tiene objeto ni utilidad que repita una fundamentación que es suficiente, o que agreguen motivos rebuscados, superfluos o en abundancia y por tanto innecesarios. Nuestros legisladores no lo han entendido así y por ley N° 28490, publicada el 15 de abril del 2005 han modificado el art. 12 de la LOPJ para establecer que en segunda instancia, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente. Esta ley constituye una intromisión en la labor jurisdiccional, pues literalmente está diciendo que la motivación de una sentencia de primera instancia, por el hecho de ser apelada no es suficiente, y expresa idea, bastante difundida, que los jueces de revisión no estudian los casos, lo que revela desconocimiento de la labor de los vocales superiores. (pp. 117-118)

2.2.7.5. Fines de la motivación

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La doctrina reconoce como fines de la motivación:

- a) Que el Juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y de la comunidad en conocerlas. Como anota Marcello, la motivación es el

instrumento que garantiza el control democrático difuso sobre los fundamentos y legalidad de la decisión.

- b) Que se pueda comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho. En ese punto resguarda el principio de legalidad;
- c) Que las partes, y aún la comunidad, tengan la información necesaria para recurrir la decisión, en su caso; y
- d) Que los tribunales de revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.
A los que cabe agregar:
- e) Para conocer si el Juez ha interpretado correctamente los hechos establecidos; y
- f) Si ha aplicado con acierto la ley a los hechos establecidos.

La motivación sirve a las partes en el proceso, a la ley, a la justicia y a la sociedad entera. Se trata de que el proceso de aplicación del Derecho sea explícito, público y transparente, y no permanezca en el secreto o en el misterio; y que en la propia Resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran pertinentes al caso. No se trata de que se escriban largos y rebuscados fundamentos, sino que los expuestos den suficientes sustento a la decisión adoptada.

En varias Ejecutorias de la Corte Suprema, se ha señalado que la motivación de la sentencia es la forma como el Juez persuade de su justicia y que la motivación de la sentencia es el canal de la legitimación de la decisión. (pp. 119-120)

2.2.8. El razonamiento judicial

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La Constitución Política del Estado, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil exigen que la sentencia sea motivada. Esta es una garantía que debe cumplirse, pero que además es fundamental para la casación, puesto que esta examina el proceso constructivo de la sentencia, su fundamentación y la interpretación judicial de las normas. En el tiempo se han formulado diversas teorías sobre la forma en que se constituye la fundamentación de una sentencia. (p. 125)

2.2.8.1. El silogismo

El primero que relacionó el razonamiento judicial con el silogismo aristotélico fue Cesare Bonesano, Marques de Beccaria, en su obra, “Tratado de los Delitos y las Penas”, publicado por primera vez en 1764, quien escribió: “*en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrá se como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena*” (p. 15)

Esta teoría fue desarrollada ampliamente por los juristas que le siguieron, como se aprecia en el tratado de Claude Du Pasquier, profesor de la Universidad de Neuchatel, quien sostiene que

el silogismo judicial importa un paso de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo particular, en suma es una deducción, y que esa aplicación del Derecho al hecho se llama “subsunción”. (Citado por Sánchez-Palacios Paiva, 2009)

2.2.8.2. La importancia del razonamiento jurídico

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

Tanto en cuanto a la fundamentación de la sentencia, para su elaboración por los jueces y su análisis tanto por los abogados como por el Tribunal de revisión, y por su necesario referente para las denuncias que se formulan en el recurso de casación y la fundamentación correspondiente de éste, puesto que como se anotó, la argumentación expuesta en el planteamiento del recurso de casación, es una propuesta de fundamentación de la sentencia de casación que se quiere alcanzar.

Lo que se ha adquirido transmitir es la importancia de la argumentación jurídica en la estructura de toda sentencia, que desde el luego escapa a los estrechos moldes del silogismo, pero que necesariamente debe andar de la mano de la lógica, utilizando todas las técnicas argumentativas permitidas.

La conclusión de este tema es que la estructura de una resolución judicial está formada por un sinnúmero de silogismo, razonamientos destinados a justificar una decisión y consecuentemente su dominio es sumamente importante, no solo para los jueces, sino y en este caso para los abogados que preparan un recurso de casación.

Los fundamentos de la sentencia deben estar hilvanados lógicamente, en forma deductiva, a fin de poder seguir y analizar la línea de pensamiento que siguió el juez. (pp. 133-134)

2.2.8.3. El control de la logicidad

Siguiendo al mismo autor:

En casación es posible efectuar el control de logicidad de las premisas de una sentencia, y en este sentido, siguiendo a Olsen A. Ghiradi, los errores in cogitando se clasifican como:

- a) **Motivación aparente**, que se evidencia cuando los motivos de la sentencia se reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron o bien, en formulas vacías de contenido que no condicen con la realidad del proceso, o que nada significan por su ambigüedad o vacuidad.
- b) **Motivación insuficiente**, que resulta cuando el fallo no evidencia un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y no deriva de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas se vayan determinando; o cuando cada conclusión negada o afirmada, no responde adecuadamente a un elemento de convicción.
- c) **Motivación defectuosa**, que se evidencia cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de experiencia.

Los errores “in cogitando” deben ser denunciados por la parte interesada como de Afectación del Derecho al Debido Proceso, y fundarse en cuestiones adjetivas y no en temas de fondo del asunto,

pretendiendo un revisión o reexamen de la prueba o modificación de la relación de hecho establecida en la instancia. (pp. 134-135)

2.3. Marco Conceptual

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

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)

Corte Suprema. Máximo órgano jurisdiccional del Perú, su competencia se extiende a todo el territorio del país, siendo su sede el Palacio de Justicia ubicado en la ciudad de Lima.

Distrito Judicial. Subdivisión territorial para efectos de la organización del poder judicial.

Normas Legales. Precepto que regula el comportamiento de una determinada sociedad y cuyo incumplimiento se encuentra sancionado por el propio ordenamiento.

Normas Constitucionales. Regla o precepto de carácter fundamental establecida por el Poder Constituyente y de competencia suprema, siendo *interpretativas*, estas definen el orden político jurídico del Estado; *programáticas*, expresan la ideología que inspira la constitución; y *teleológicas*, que define el deber ser del Estado porque precisa el modelo social adoptado, fundamenta su fórmula política.

Técnicas de Interpretación. Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.

2.4. 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° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

2.5. Variables.

2.5.1. Variable Independiente: Incompatibilidad Normativa.

2.5.2. Variable Dependiente: Técnicas de Interpretación.

III. METODOLOGÍA

3.1. El tipo y nivel de la investigación

3.1.1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa (mixta)

Cuantitativa: Es cuantitativo en el sentido que la incompatibilidad normativa como variable independiente no utilizó la exclusión en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad de la norma, por no darse conflicto normativo, sin embargo para someterse a la ponderación y calificación se le consignó un valor numérico reflejado en los cuadros de resultados; una vez identificadas permitió la identificación de las técnicas de interpretación. Asimismo, las técnicas de interpretación como variable dependiente pudo ser ponderada y calificada con un valor numérico, basadas en sus respectivas dimensiones: interpretación, integración, y argumentación.

Cualitativa: Es cualitativo en el sentido que el investigador utilizó las técnicas para recolectar datos, como la observación y revisión de documentos (sentencias), pudiendo evaluar la incompatibilidad normativa empleando las técnicas de interpretación; es decir, no se evidenció 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. 4)

3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico

Exploratorio: Es exploratorio porque la formulación del objetivo, evidenció que el propósito fue examinar una variable poco estudiada (incompatibilidad normativa y técnicas de interpretación), porque lo que hasta el momento de la planificación de investigación se ha encontrado estudios relativamente conocidos, por lo cual el investigador pudo efectuar una investigación más completa respecto a un contexto particular (sentencias emitidas por el órgano supremo) con el acompañamiento de limitaciones en cuanto a revisión de trabajos de investigación similares.

Por ello, se orientó a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuyó a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2014).

Hermenéutico: Es hermenéutico porque interpretó y explicó el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para analizar las incompatibilidades normativas y determinar qué tipo de técnica de interpretación se aplicó para dar solución a la misma.

3.2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico

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

3.3. Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estuvo constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tuvo como equivalente ser consignada como unidad muestral.

3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
X₁: INCOMPATIBILIDAD	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y	EXCLUSIÓN Entendiéndose al descarte de normas, según su rango, temporalidad o especialidad, de acuerdo a la materia.	Validez formal	Antinomias	TÉCNICAS:
				Validez material		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos

DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES		especialidad.	COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO:	
			Confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma.		Juicio de ponderación		
Y1: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	Lista de cotejo	
			Del latín <i>interpretari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 		
			INTEGRACIÓN	Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 		
				Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malam partem ▪ Bonam partem 	
					Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora 	
					Lagunas de ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto ▪ Axiológica 	
					Argumentos de interpretación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento a pari ▪ Argumento ab minoris ad maius ▪ Argumento ab maioris ad minus ▪ Argumento a fortiori ▪ Argumento a contrario 	
					Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	

			ARGUMENTACIÓN Tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho.	Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	
				Argumentos interpretativos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae ▪ Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios 	

3.5. Técnicas e instrumentos

Para el recojo de datos se aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.) donde se presentaron 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 ha formado 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

Se ejecutó por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, & Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas fueron:

3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

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

3.6.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos

También, fue una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitó la identificación e interpretación de los datos. Aplicándose las técnicas de la observación y el análisis de contenido, donde los hallazgos fueron 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 fueron reemplazados por sus iniciales.

3.6.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

Fue 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, fue una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.), estando compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituyeron en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se logran evidenciar como Anexo para el Informe de Tesis.

3.7. Matriz de consistencia

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD - CHIMBOTE . 2017	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de La Libertad – Chimbote. 2017?	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar de qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de La Libertad – Chimbote. 2017</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <p>1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la</p>	X1:	INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomia	<p>▪ Técnica de observación</p> <p>▪ Análisis de contenidos</p>
								Validez material		
							COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO:
									Juicio de ponderación	
									Población-Muestra	

		<p>validez formal y validez material.</p> <p>2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.</p> <p>3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, medios, y argumentos de interpretación jurídica.</p> <p>4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, a los principios generales, a la laguna de ley, y a argumentos de interpretación jurídica.</p> <p>5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto a; y, a argumentos interpretativos.</p>							<p>Población:</p> <p>Expediente judicial consignado con el N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, perteneciente al Distrito Judicial de La Libertad - Chimbote, 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>Las Técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la</p>	<p>Y1: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</p>	<p>Dependiente</p>	<p>Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver</p>	<p>INTERPRETACIÓN</p>	<p>Sujetos</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	<p>Resultados</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva 	

		Corte Suprema, en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de La Libertad – Chimbote. 2017; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.			antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.			<ul style="list-style-type: none"> ▪ Declarativa ▪ Programática
							Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico
						INTEGRACIÓN	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malam partem ▪ Bonam partem
							Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función : Creativa Interpretativa Integradora
							Laguna de ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflictiva ▪ Axiológica

							<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argume nto a pari ▪ Argume nto ab minoris ad maius ▪ Argume nto ab maioris ad minus ▪ Argume nto a fortiori ▪ Argume nto a contrari o 	
						ARGUMEN TACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisa s ▪ Inferen cias ▪ Conclus ión 	
							<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principi os ▪ Reglas 	
							<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argume nto sedes materia e ▪ Argume nto a rúbrica 	

							Argumentos interpretativos <ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios 	
--	--	--	--	--	--	--	---	--

3.8. Consideraciones Éticas

3.8.1. Consideraciones éticas

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estuvo sujeto a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asumió 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). Suscribiendo una Declaración de Compromiso Ético, que se logra evidenciar 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 insertó el objeto de estudio: Recurso de Casación proveniente de la Corte Suprema, que se evidencia como Anexo N° 4 en el presente Informe de Tesis.

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 sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio, fue 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: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la incompatibilidad normativa		
					Nunca	A veces	Siempre	Nunca	A veces	Siempre
					[0,5]	[1,5]	[2,5]	[0-5]	[06-15]	[16-25]
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<p>SALA PENAL PERMANENTE</p> <p style="text-align: right;">CASACIÓN N° 14 - 2009 LA LIBERTAD</p> <p style="text-align: center;">SENTENCIA DE CASACIÓN</p> <p>Lima, cinco de febrero de dos mil diez.- VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado</p>	<p>1. Los fundamentos 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, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) Si cumple</p>			X			
				<p>2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) No cumple</p>	X				14	

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad - Chimbote.

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

		<p align="center">Validez material</p>	<p>S.E.V.V contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.</p> <p>Interviene como ponente el señor C. C.</p>	<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) Si cumple</i></p>			X				
			<p>FUNDAMENTOS DE HECHO</p> <p>1. Del itinerario del proceso en primera instancia.</p> <p><i>PRIMERO.</i> El encausado S.E.V.V fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas setenta y siete, del seis de septiembre de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y violación sexual de menor de edad en</p>	<p>2.Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. <i>(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) Si cumple</i></p>			X				
				<p>3.Determina los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida (La Sala Penal de la Corte Suprema he ejercido competencia sobre dichos errores, acorde al artículo 432 del N.C.P.P.) No cumple</p>	X						
				<p>4. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el Art. 429° del Código Procesal Penal. <i>(Las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) Si cumple</i></p>			X				
	Colisión		<p>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple</p>	X							

		Control difuso	<p>grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V.</p> <p>Seguida la causa conforme a su naturaleza ordinaria, la señora Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, del siete de mayo de dos mil ocho, integrado a fojas cincuenta y cuatro y aclarado a fojas setenta y ocho –del cuaderno de debate–, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.</p> <p>El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y nueve, del once de julio de dos mil ocho. El auto de citación a juicio de fojas ciento veintiocho, del veintidós de septiembre de dos mil ocho, fue emitido por el Juzgado Penal.</p> <p>SEGUNDO. Seguido el juicio de primera instancia – véase acta de fojas ciento sesenta y cuatro–, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, que condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la libertad sexual– violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales</p>	<p>2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))</i> No cumple</p> <p>3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)</i> No cumple</p> <p>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. <i>(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)</i> Si cumple</p>	X						
--	--	-----------------------	--	--	---	--	--	--	--	--	--

			<p>R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado. Contra la referida sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos cincuenta y tres. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos cincuenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil ocho.</p> <p>II. Del trámite recursal en segunda instancia.</p> <p>TERCERO: El Tribunal Superior de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba testimonial por el recurrente, declaró inadmisibles dichas pruebas por auto de fojas doscientos ochenta y cuatro, del trece de enero de dos mil ocho. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos once, del dieciocho de febrero de dos mil nueve, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve.</p> <p>CUARTO. La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la Libertad sexual</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>– violación sexual de menor de edad en agravio de P.J.Z.A. y por delito contra la Libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado al pago de las costas del proceso.</p> <p>El voto singular estimó que la sentencia apelada no había justificado convenientemente una aplicación de treinta años de pena privativa de libertad, puesto que el acusado no reconoció su delito ni coadyuvó al esclarecimiento de las circunstancias del hecho. Empero, al ser impugnada únicamente por su parte, no quedaba mayor opción que confirmar la pena.</p> <p>III. Del Trámite del recurso de casación del acusado V.V.</p> <p><i>QUINTO.</i> Leída la sentencia de vista, el acusado V.V. interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas trescientos cuarenta y uno. Introdujo tres motivos de casación: a) inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa;</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>b) inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, c) indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario número dos del año dos mil cinco.</p> <p>Concedido el recurso por auto de fojas trescientos cuarenta y siete, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha dos de abril de dos mil nueve.</p> <p><i>SEXTO.</i> Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas –la defensa del imputado mediante escrito de fojas veintitrés del cuaderno de casación, amplió los fundamentos del recurso de casación que planteó–, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, en aplicación del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.</p> <p>SÉPTIMO. Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado V.V, el estado de la causa es la de expedir sentencia.</p> <p>OCTAVO. Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de febrero, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaria de la Sala el día diez de marzo a horas ocho de la mañana.</p> <p>FUNDAMENTOS DE DERECHO 1. Del ámbito de la casación.</p> <p>PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, los motivos del recurso de casación se centran en la vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa –artículos dos numeral veinticuatro literal e) y ciento treinta y nueve apartado once y catorce de la Constitución–. Adicionalmente, la Suprema Sala, en aplicación del apartado cuatro del artículo</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.</p> <p>SEGUNDO. El primer agravio: vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que –según el recurrente– la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba, como es el caso de la estimulación que requiere para lograr la erección, ya que el Colegiado interpretó <i>contrario sensu</i> la prueba médica que aportó su defensa. Estima el recurrente que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados, ya que de las pericias psicológicas y psiquiátricas se verifica la existencia de una serie de contradicciones en que incurrieron dichos menores, las mismas que hicieron constar en su recurso de apelación; que no se tomó en cuenta la evaluación realizada por los Peritos Psiquiatras S.A.B y M.P.M en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de evaluación del menor R.A.S.V. no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por A.M.A.C, empero, no precisó en que</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>circunstancias la citada testigo observó el patio del centro educativo, a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores, que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron y no se tomó en cuenta lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido de que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “<i>afectación en la función motora</i>”, es decir, “<i>movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres</i>”, secuelas que se le han presentado durante los once años transcurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación, y si bien, durante la audiencia de segunda instancia se trasladó de un lugar a otro sin ningún problema fue porque no tenía que realizar esfuerzo físico alguno y trasvasó el cable de micrófono por la escasa altura en que se encontraba ubicado y ello no puede ser sustento de una condena.</p> <p>El segundo agravio referido a la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso estriba en la afirmación del impugnante en el sentido que la sentencia de vista habría incurrido en incongruencia</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

LECTURA. El cuadro 1, revela que la **incompatibilidad normativa no se evidenció** en la Sentencia de la Corte Suprema, por cada sub dimensión 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

			<p>fáctica al señalar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, lo que no se condice con los protocolos de pericia psicológica.</p> <p>El tercer agravio está referido a una supuesta vulneración de su derecho de defensa, por entender el recurrente que se dejó de lado las testimoniales de descargo por el solo hecho de que los testigos eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.</p> <p>II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.</p> <p>TERCERO. La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:</p> <p>A. Que lo mencionado por el procesado – refiriéndose a lo alegado por éste</p> <p>- es desvirtuado con la declaración médica antes citada (médico D.C.) quien ha sostenido no haber auscultado temas de funcionamiento uretral o de disfunción sexual del acusado. Además, el propio acusado reconoció sostener relaciones sexuales con su esposa y que la posición decúbito dorsal la adopta por recomendación médica, que su erección es normal y que no sufre de eyaculación precoz. Tampoco se ha descartado que pueda tener</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>relaciones sexuales de pie y en las circunstancias en que acometía a los agraviados, exigencia física para la que no está discapacitado; máxime cuando incluso alegara que dentro de sus obligaciones docentes estaba la de educación física. Asimismo, el propio encausado ha reconocido no tener necesidad de masturbarse y que sostiene relaciones sexuales normales con su esposa, con erección normal.</p> <p>B. Que las sindicaciones de los menores agraviados tienen el carácter de uniformes y corroborantes. No se contradicen en la dirección de su sindicación. En realidad la versión de los menores corrobora la una a la otra y tienen la característica que es reiterativa y persistente a lo largo de todo el proceso, habiendo llegado a identificar hasta quince oportunidades en que los menores han narrado básicamente lo mismo, entre ellas la más importante, la versión directa realizada por ante los jueces del juicio oral. Los menores en todas esas oportunidades y con sus palabras, propias de un menor de cinco años de edad han narrado exactamente lo mismo y han sindicado</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>como autor de tales hechos al mismo personaje.</p> <p>C. Que, las evaluaciones psiquiátricas de fojas doscientos noventa y ocho y trescientos ocho que concluyen por cierta inconsistencia en los relatos de los menores no son contundentes respecto a todo el relato, sino a determinadas y escasas circunstancias. Tales dictámenes no dicen que los menores mienten y dada la escasa edad de los agraviados es normal y hasta lógica, pues no se puede esperar que menores de cinco años repitan con las mismas palabras todo el evento sucedido. Por el contrario, del audio del juicio oral y del interrogatorio indirecto hecho al menor de iniciales P.J.Z.A. por parte de la directora de debates del Colegiado se advierte claramente que el menor va narrando el evento sin una secuencia cronológica y con distintas palabras pero finalmente concluye un relato que armado cual rompecabezas dice o cuenta exactamente lo mismo.</p> <p>E. Que acerca de la afirmación de la defensa de no haber subido al segundo piso el día de los</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>F. hechos, se han realizado una serie de actuaciones procesales. Incluso en el acto del juicio se ha realizado visita o inspección en el lugar de los hechos, habiéndose registrado en video dicha diligencia, teniendo hasta dos oportunidades para ver el escenario de los hechos dado el video proporcionado por la parte apelante y si bien la testigo de descargo A.M.A.C niega haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, sin embargo, de los videos aludidos se puede colegir perfectamente que el lugar o inmueble del centro educativo es sumamente estrecho donde al momento de recreo o salida de las aulas de los menores existe gran congestión de niños correteando por los pasadizos y pequeño patio con piso de tierra, sumado a la presencia de las personas mayores que fungían de docentes y/o auxiliares de aula, por lo que es difícil afirmar que alguien pueda estar atenta a que nadie transite por el pasadizo de la escalera o la escalera misma y que tal hecho pueda ser apreciada por el rabillo del ojo de quien está sentada en la posición de la referida testigo, conforme al video y fotos de la propia parte.</p> <p>E. Que en los videos incorporados no se ha podido obviar que la tranca, que significa un obstáculo de madera en la base de la escalera, es perfectamente traspuesto tanto</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>por menores de la edad de los agraviados como por el acusado, quien supuestamente tiene una limitación física. Además destaca que el lugar donde habrían ocurrido exactamente los hechos, que sería al pie de la escalera a la azotea o siguiente piso, queda al interior de la habitación de A.M.A.C y empieza desde casi el nivel del suelo, para terminar a dos metros setenta y siete centímetros, donde perfectamente cabe el acusado y los menores, el mismo que no es tan visible desde la ventana que da al pasadizo externo. Lo expuesto acredita que el lugar del evento si permitía el acceso de los menores y el acusado, que éste cabe perfectamente en el espacio bajo la escalera dentro de dicha habitación y que no había agua en dicho segundo piso lo que justifica la versión de la tina azul narrada por los menores donde habrían sido aseados.</p> <p>F. Que, en lo atinente al argumento defensivo del imputado en el sentido que se encuentra imposibilitado de mantener determinadas posturas, especialmente en cuclillas, como debería haber estado para lograr la penetración anal, pues manifiesta haber sido sometido a una operación de columna,</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>es de destacar la declaración plenaria del médico D.C, quien narró concluyentemente que el acusado fuera operado hace once años de las cinco vértebras lumbares y que fue una operación exitosa y que la única limitación que señalara es una dorsificación del pie izquierdo que en la práctica importa la dificultad (no imposibilidad) de impulsarse hacia delante con los dedos del pie izquierdo. Además, en las diligencias en el lugar de los hechos se aprecia que el acusado se moviliza perfectamente por las escaleras de acceso al segundo piso y traspasa la tranca de madera sin mayor dificultad ligeramente de costado, como lo haría cualquier persona con una valla de setenta y ocho centímetros de alto. El imputado ha reconocido en el propio juicio de apelación que subía agua en la tina azul al segundo piso, para cuestiones de aseo personal y de su esposa, lo que importa peso, fuerza y una posición hacia adelante sostenida durante toda la subida a gradas bastante empinadas como se verificara en el video de la inspección, y por si fuera poco, en la propia audiencia de apelación, atravesaba hasta en dos oportunidades la Sala (de ida y de regreso) frente a los magistrados,</p>								
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>para ubicarse en el lugar de su examen, trasvasando el cable del micrófono del sistema de audio, ubicado a considerable altura, sin ningún problema y sin apoyarse en mueble o persona alguna. En tal virtud, no es verdad que no haya podido sostener por breve lapso de tiempo una posición que le permita acceder a rozamientos o intentos de penetración anal en los menores.</p> <p>G. Que lo narrado por los menores ha sido corroborado no sólo por las circunstancias de tiempo, lugar, espacio, bienes y personas, sino por las circunstancias ansioso depresivas producto de stress o trauma sexual que presentan, quienes han quedado con secuelas psicológicas y psiquiátricas que les tomará tiempo y dinero superar y que son una prueba más de que los hechos efectivamente ocurrieron.</p> <p>H. Que, respecto a las testimoniales de descargo, como lo destacara el Ministerio Público, las mismas no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios señalados, como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Es más, varias de las</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>declaraciones no sólo se desvanecen en cuanto a su verosimilitud</p> <p>por las relaciones –de los referidos deponentes- con el acusado por ser su alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismo, las testimoniales carece de consistencia.</p> <p>Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base de los tres motivos de casación constitucional.</p> <p>III. Del primer motivo casacional. Presunción de Inocencia.</p> <p>CUARTO. El recurrente denuncia que la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba. Afirma que el Colegiado interpretó <i>contrario sensu</i> la prueba médica que aportó su defensa; que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados; que la evaluación psiquiátrica realizada por los Peritos Psiquiatras S.A.B y M.P.M, en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de la evaluación del menor R.A.S.V., no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por A.M.A.C, empero no precisó si la observación efectuada por la citada</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>testigo se realizó durante el recreo o a la hora de salida de los alumnos a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores en dicho patio; que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron, específicamente lo vertido por el médico D.C en el sentido que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “<i>afectación en la función motora</i>”, es decir, “<i>movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres</i>”, secuelas que se le han presentado durante los once años transcurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación.</p> <p>QUINTO. Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea <i>suficiente</i> – primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, <i>primero</i>, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

que los magistrados no emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos. En cuanto a la Dimensión de la *Exclusión* en cuanto a su sub dimensión (validez formal) cumplieron con 1 parámetro relacionado a la selección de normas constitucionales, teniendo en

			<p>los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.</p> <p>Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.</p> <p>En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.</p> <p>SEXO. De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las sindicaciones uniformes y persistentes de los menores agraviados; que si bien las evaluaciones psiquiátricas señalan cierta inconsistencia en los relatos de dichos menores, están referidas a determinadas circunstancias absolutamente comprensibles dada la escasa edad de las víctimas; que las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>G.E.G.M en el acto oral –que dan cuenta de la reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentan ambos menores– refuerzan los cargos; que si bien la testigo de descargo A.M.A.C negó haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, tal aseveración quedó desvirtuada con la visualización de los videos filmados con ocasión de la inspección en el lugar de los hechos y el proporcionado por la defensa del acusado; que, finalmente, está descartado que el acusado padeciera de limitaciones físicas que le impidieran cometer los ilícitos que se le atribuyen -no solamente por lo explicado por el médico D.C sino también por lo observado en los videos incorporados en la que se aprecia al acusado movilizándose perfectamente por las escaleras del segundo piso, traspasa una tranca de madera de setenta y ocho centímetros de alto, por lo declarado por el mismo acusado en el sentido que subía agua en una tina azul al segundo piso y por lo observado por los magistrados que intervinieron en la audiencia de apelación-.</p> <p>Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria.</p> <p>El motivo no puede prosperar.</p> <p>IV. Del segundo motivo casacional. Debido proceso.</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>SEPTIMO. Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela jurisdiccional, en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, y por ser una garantía general dota de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas no reconocidas expresamente en la Carta Política, pero que están destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo. Por ello se dice que se trata de una cláusula de carácter residual o subsidiaria, en cuya virtud comprende fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos.</p> <p>No resulta por tanto correcto, incluir en el derecho al debido proceso a las cláusulas de garantía específicas ya contenidas en la Constitución.</p> <p>En consecuencia, la garantía del debido proceso asegura que un fallo sea justo, acorde tanto a los hechos como al derecho, lo que justifica que una causa sea revisada por una instancia superior.</p> <p>OCTAVO: De la lectura de lo argüido en este extremo por el encausado en el sentido de que se habría vulnerado la garantía del debido proceso en razón a que la sentencia de vista incurrió en incongruencia fáctica al indicar que los menores agraviados presentan</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>stress o trauma sexual, diagnóstico que –según el recurrente- no se evidenciaría en los protocolos de pericia psicológica, es de acotar que dicha alegación cuestiona el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba y su vinculación con los mismos, aspectos que, como se indicó en el fundamento jurídico quinto, están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia, no a la garantía del debido proceso.</p> <p>Adicionalmente, cabe puntualizar que lo denunciado por el recurrente no se condice con el mérito de lo actuado. En efecto, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista se sustentaron, entre otros elementos de convicción, en el mérito de las pericias psicológicas debidamente explicadas por la Perito Psicóloga G.E.G.M, quien en el acto oral hizo referencia a la <i>“reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentaban ambos menores agraviados”</i>.</p> <p>El motivo debe rechazarse. V. Del tercer motivo casacional. Derecho de defensa. NOVENO. El inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución reconoce la garantía de defensa procesal. Es una garantía, desarrollada legalmente en el artículo IX del Título Preliminar del</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>Nuevo Código Procesal Penal, que importa que todo justiciable pueda tomar posición frente a los reproches o cargos formulados en su contra y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión; es decir, permite instrumentalmente el esclarecimiento de la sospecha mediante un proceso dialéctico, en el que se pone a debate aspectos inculpatórios y exculpatórios, así como los argumentos y contra argumentos ponderados entre sí.</p> <p>DÉCIMO. Alega el recurrente que se vulneró su derecho de defensa porque se dejó de lado las declaraciones testimoniales de descargo por el sólo hecho de que los deponentes eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.</p> <p>UNDÉCIMO. Los cuestionamientos que se esgrimen no se refieren, propiamente, al ámbito de la garantía de defensa procesal, sino al de tutela jurisdiccional, pues una resolución fundada en derecho requiere una apreciación y, luego, una valoración de los actos de prueba determinantes del juicio de culpabilidad, así como una respuesta acabada a los puntos que integran el objeto del debate y un pronunciamiento congruente con las pretensiones de las partes. Por lo demás, analizando el mérito de la denuncia, se tiene que tanto el Tribunal juzgador como el de apelación</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>han cumplido con expresar de manera clara, entendible y suficiente las razones por las que le restan mérito probatorio a las referidas declaraciones testimoniales, especificando en la sentencia de vista que dichas declaraciones no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios – mencionados expresamente en la citada sentencia-, tales como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Asimismo, se indicó que dichas testimoniales no sólo se desvanecían en cuanto a su verosimilitud por las relaciones con el acusado como alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismas, carecían de consistencia.</p> <p>En consecuencia, se advierte que los citados elementos de prueba fueron debidamente analizados y compulsados de manera conjunta y razonada con el caudal probatorio actuado en juicio oral. En todo caso, corresponde al Juez, soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda, aspecto que no le está permitido analizar a este Tribunal de Casación.</p>								
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Los argumentos de defensa del imputado fueron adecuadamente debatidos y analizados. El Tribunal de apelación desarrolló una argumentación racional ajustada al tema en debate y además ha dado cumplida respuesta a cada uno de los agravios manifestados por éste al formular su recurso de apelación. El motivo carece de virtualidad.</p> <p>DUODÉCIMO. El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal precisa que procede excepcionalmente la casación “...cuando la Sala Penal de la Corte Suprema discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. En virtud de la referida norma procesal, esta Suprema Sala consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.</p> <p>DÉCIMOTERCERO. La individualización judicial de la pena o determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas, sobre esa base el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En función a estos dos criterios, trabajará tal como lo explica la doctrina primero</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>en construir <i>el ámbito abstracto de la pena</i> – identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; como segundo paso, <i>pasará a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta</i> –individualización de la pena concreta-, y finalmente entrará en consideración <i>la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto.</i></p> <p>En lo referente a la tentativa, la norma es clara en señalar que se presenta cuando <i>“el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”</i> –artículo dieciséis del Código Penal-. De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea –imposible consumación del delito, ya sea por ineficacia del medio empleado o por la impropiedad del objeto sobre el que recae la acción- no es punible.</p> <p>En consecuencia, queda claro que si el ilícito de violación sexual de menor de edad no llega a consumarse, pese a haberse iniciado la ejecución del</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>mismo, el Juez al momento de determinar la pena a imponer necesariamente deberá disminuirla prudencialmente.</p> <p>DÉCIMOCUARTO: Desde una perspectiva global, la tipificación de los delitos contra la Libertad Sexual previstos en el Título IV, Capítulo IX, del Código Penal protegen el libre desarrollo de la sexualidad o la capacidad de una persona de auto determinarse sexualmente. El bien jurídico “Libertad Sexual” debe ser entendido en un sentido dual: como un derecho a la libre autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores e incapaces.</p> <p>El delito de violación sexual está previsto en el artículo ciento setenta del Código Sustantivo, que sanciona a quien <i>“con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, (...)”</i>. De manera similar el artículo ciento setenta y tres del citado cuerpo normativo, reprime a quien <i>“tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, (...)”</i>.</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>De la lectura de ambas normas se advierte que el “acceso carnal por vía bucal” está contemplado expresamente en nuestra legislación como una conducta castigada, en el primer caso, si se efectúa con violencia o grave amenaza y, en el segundo caso, si se trata de menor de edad, en el que la concurrencia de tales elementos – violencia o grave amenaza- resulta intrascendente.</p> <p>En consecuencia, el legislador ha equiparado la gravedad de obligar a una relación sexual vía vaginal o anal con la conducta de imponer a una persona -o a un menor de edad- a practicar el sexo oral, puesto que en ambos casos importa una vulneración intensa de su libertad sexual y su facultad de autodeterminarse –o de su indemnidad sexual-, lo que a su vez implica –tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria- que no es necesario el daño físico o la comisión de un delito de lesiones para que exista una conducta subsumible en el artículo ciento setenta o ciento setenta y tres del Código Penal. Como bien señala Caro Coria, “<i>el ejercicio violento de la libertad sexual no sólo ataca aspectos físicos</i>” (Caro Coria, Dino Carlos: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual; p. 82) sino que compromete también aspectos valorativos que se vinculan con el ejercicio de derechos constitucionales, los cuales no pueden permitir y tolerar una protección penal sesgada y unilateral.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>DÉCIMOQUINTO. Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, <i>a contrario sensu</i>, del nuevo Código Procesal Penal].</p> <p>DECISIÓN</p> <p>Por estos fundamentos:</p> <p>I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por los motivos de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado S.E.V.V contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

			<p>contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.</p> <p>II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado S.E.V.V; ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.</p> <p>III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.</p> <p>IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. SS. /S.M.C./ L.C.P/S.P.T/ T.C.C/ CC / imd</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

cuenta la vigencia de la norma; sin embargo no se cumplió con 1 parámetro relacionado con la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa; con respecto a la sub dimensión (validez material) cumplieron con los 3 parámetros: selección de normas legales, verificando su constitucionalidad y legalidad de normas seleccionadas, con las normas seleccionadas adecuadas a las circunstancias del caso; determinando las causales adjetivas para selección de normas prescritas en el artículo 429 del código procesal penal, y con 1 parámetro no cumplieron: determinación de errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida; con respecto a la Dimensión de La *Colisión* (control difuso) cumple pero en parte con 1 parámetro relacionado a las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto; y no cumple con 3 parámetros: los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la corte suprema, las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del principio de proporcionalidad, las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del principio de proporcionalidad.

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017

Variable	Dimensión	Subdimensiones			Calificación de las subdimensiones	Calificación total de las técnicas de interpretación
----------	-----------	----------------	--	--	------------------------------------	--

			Evidencia empírica	Parámetros			Remisión Inexistente	Inadecuada	Adecuada	Remisión Inexistente	Inadecuada	Adecuada
				[0]	[2,5]	[5]						
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujeto a	SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 14 - 2009 LA LIBERTAD	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. <i>(Auténtica, doctrinal y judicial)</i> Si cumple		X						
		Resultados	SENTENCIA DE CASACIÓN	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. <i>(Restrictiva, extensiva, declarativa)</i> Si cumple			X					
		Medios	Lima, cinco de febrero de dos mil diez.- VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado S.E.V.V contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Interviene como ponente el señor C.C.	1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. <i>(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)</i> Si cumple			X					
	Integración	Analogías		2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. <i>(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)</i> Si cumple			X					
		Principios generales		1. Determina la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema. <i>(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)</i> No cumple	X							
				FUNDAMENTOS DE HECHO	1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. <i>(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)</i> No cumple	X						
												30

Argumentación	Laguna de ley	<p>1. Del itinerario del proceso en primera instancia.</p> <p><i>PRIMERO.</i> El encausado S.E.V.V fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas setenta y siete, del seis de septiembre de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V.</p> <p>Seguida la causa conforme a su naturaleza ordinaria, la señora Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, del siete de mayo de dos mil ocho, integrado a fojas cincuenta y cuatro y aclarado a fojas setenta y ocho –del cuaderno de debate-, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.</p> <p>El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y nueve, del once de julio de dos</p>	<p>1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (Antimonias) No cumple</p>	X						
	Argumentos de integración jurídica		<p>1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. No cumple</p>	X						
	Componentes		<p>1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) No cumple</p> <p>2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) Si cumple</p> <p>3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) Si cumple</p> <p>3. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple</p> <p>4. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple</p>	X						

		<p>Sujeto a</p>	<p>mil ocho. El auto de citación a juicio de fojas ciento veintiocho, del veintidós de septiembre de dos mil ocho, fue emitido por el Juzgado Penal.</p> <p>SEGUNDO. Seguido el juicio de primera instancia –véase acta de fojas ciento sesenta y cuatro–, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, que condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la libertad sexual– violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual –violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado. Contra la referida sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos cincuenta y tres. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos cincuenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil ocho.</p>	<p>1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) <i>Principio de coherencia normativa;</i> b) <i>Principio de congruencia de las sentencias;</i> c) <i>Principio de culpabilidad;</i> d) <i>Principio de defensa;</i> e) <i>Principio de dignidad de la persona humana;</i> f) <i>Principio de eficacia integradora de la Constitución;</i> g) <i>Principio de interdicción de la arbitrariedad;</i> h) <i>Principio de jerarquía de las normas;</i> i) <i>Principio de legalidad en materia sancionatoria;</i> j) <i>Principio de presunción de inocencia;</i> k) <i>Principio de razonabilidad;</i> m) <i>Principio de tipicidad;</i> n) <i>Principio de debido proceso;</i> o) <i>Principio de non bis inidem;</i> p) <i>Principio prohibitivo de la reformatio in peius;</i> q) <i>Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio;</i> r) <i>Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)</i> No cumple</p>	X						
		<p>Argumentos interpretativos</p>	<p>II. Del trámite recursal en segunda instancia. TERCERO: El Tribunal Superior de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba testimonial por el recurrente, declaró inadmisibles dichas pruebas por auto de fojas doscientos ochenta y cuatro, del trece de enero de dos mil ocho. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos once, del dieciocho de febrero de dos mil nueve, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en</p>	<p>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: <i>sedes materiae;</i> a <i>rúbrica;</i> de la <i>coherencia;</i> teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios Si cumple</p>		X					

		<p>audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve.</p> <p>CUARTO. La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la Libertad sexual</p> <p>– violación sexual de menor de edad en agravio de P.J.Z.A. y por delito contra la Libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado al pago de las costas del proceso.</p> <p>El voto singular estimó que la sentencia apelada no había justificado convenientemente una aplicación de treinta años de pena privativa de libertad, puesto que el acusado no reconoció su delito ni coadyuvó al esclarecimiento de las circunstancias del hecho. Empero, al ser impugnada únicamente por su parte, no quedaba mayor opción que confirmar la pena.</p> <p>III. Del Trámite del recurso de casación del acusado V.V.</p> <p>QUINTO. Leída la sentencia de vista, el acusado V.V interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas trescientos cuarenta y uno. Introdujo tres motivos de casación: a) inobservancia de las</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa; b) inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, c) indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario número dos del año dos mil cinco.</p> <p>Concedido el recurso por auto de fojas trescientos cuarenta y siete, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha dos de abril de dos mil nueve.</p> <p>SEXTO. Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas –la defensa del imputado mediante escrito de fojas veintitrés del cuaderno de casación, amplió los fundamentos del recurso de casación que planteó–, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, en aplicación del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p><i>SÉPTIMO.</i> Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado V.V, el estado de la causa es la de expedir sentencia.</p> <p><i>OCTAVO.</i> Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de febrero, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaria de la Sala el día diez de marzo a horas ocho de la mañana.</p> <p>FUNDAMENTOS DE DERECHO</p> <p>1. Del ámbito de la casación.</p> <p><i>PRIMERO.</i> Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, los motivos del recurso de casación se centran en la vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa –artículos dos numeral veinticuatro literal e) y ciento treinta y nueve apartado once y catorce de la Constitución–. Adicionalmente, la Suprema Sala, en aplicación del apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>SEGUNDO. El primer agravio: vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que –según el recurrente– la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba, como es el caso de la estimulación que requiere para lograr la erección, ya que el Colegiado interpretó <i>contrario sensu</i> la prueba médica que aportó su defensa. Estima el recurrente que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados, ya que de las pericias psicológicas y psiquiátricas se verifica la existencia de una serie de contradicciones en que incurrieron dichos menores, las mismas que hicieron constar en su recurso de apelación; que no se tomó en cuenta la evaluación realizada por los Peritos Psiquiatras S.A.B y M.P.M en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de evaluación del menor R.A.S.V. no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por A.M.A.C, empero, no precisó en que circunstancias la citada testigo observó el patio del centro educativo, a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores, que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron y no se tomó en cuenta lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido de que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “<i>afectación en la función motora</i>”, es decir, “<i>movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres</i>”, secuelas que se le han presentado durante los once años</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>trascurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación, y si bien, durante la audiencia de segunda instancia se trasladó de un lugar a otro sin ningún problema fue porque no tenía que realizar esfuerzo físico alguno y trasvasó el cable de micrófono por la escasa altura en que se encontraba ubicado y ello no puede ser sustento de una condena.</p> <p>El segundo agravio referido a la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso estriba en la afirmación del impugnante en el sentido que la sentencia de vista habría incurrido en incongruencia fáctica al señalar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, lo que no se condice con los protocolos de pericia psicológica.</p> <p>El tercer agravio está referido a una supuesta vulneración de su derecho de defensa, por entender el recurrente que se dejó de lado las testimoniales de descargo por el solo hecho de que los testigos eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.</p> <p>II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.</p> <p>TERCERO. La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:</p> <p>A. Que lo mencionado por el procesado –refiriéndose a lo alegado por éste</p> <ul style="list-style-type: none"> - es desvirtuado con la declaración médica antes citada (médico D.C.) quien ha sostenido no haber auscultado temas de funcionamiento uretral o de disfunción sexual del acusado. Además, el propio 							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>acusado reconoció sostener relaciones sexuales con su esposa y que la posición decúbito dorsal la adopta por recomendación médica, que su erección es normal y que no sufre de eyaculación precoz. Tampoco se ha descartado que pueda tener relaciones sexuales de pie y en las circunstancias en que acometía a los agraviados, exigencia física para la que no está discapacitado; máxime cuando incluso alegara que dentro de sus obligaciones docentes estaba la de educación física. Asimismo, el propio encausado ha reconocido no tener necesidad de masturbarse y que sostiene relaciones sexuales normales con su esposa, con erección normal.</p> <p>B. Que las sindicaciones de los menores agraviados tienen el carácter de uniformes y corroborantes. No se contradicen en la dirección de su sindicación. En realidad la versión de los menores corrobora la una a la otra y tienen la característica que es reiterativa y persistente a lo largo de todo el proceso, habiendo llegado a identificar hasta quince oportunidades en que los menores han narrado básicamente lo mismo, entre ellas la más importante, la versión directa realizada por ante los jueces del juicio oral. Los menores en todas esas oportunidades y con sus palabras, propias de un menor de cinco años de edad han narrado exactamente lo mismo y han sindicado como autor de tales hechos al mismo personaje.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>C. Que, las evaluaciones psiquiátricas de fojas doscientos noventa y ocho y trescientos ocho que concluyen por cierta inconsistencia en los relatos de los menores no son contundentes respecto a todo el relato, sino a determinadas y escasas circunstancias. Tales dictámenes no dicen que los menores mienten y dada la escasa edad de los agraviados es normal y hasta lógica, pues no se puede esperar que menores de cinco años repitan con las mismas palabras todo el evento sucedido. Por el contrario, del audio del juicio oral y del interrogatorio indirecto hecho al menor de iniciales P.J.Z.A. por parte de la directora de debates del Colegiado se advierte claramente que el menor va narrando el evento sin una secuencia cronológica y con distintas palabras pero finalmente concluye un relato que armado cual rompecabezas dice o cuenta exactamente lo mismo.</p> <p>D. Que acerca de la afirmación de la defensa de no haber subido al segundo piso el día de los hechos, se han realizado una serie de actuaciones procesales. Incluso en el acto del juicio se ha realizado visita o inspección en el lugar de los hechos, habiéndose registrado en video dicha diligencia, teniendo hasta dos oportunidades para ver el escenario de los hechos dado el video proporcionado por la parte apelante y si bien la testigo de descargo A.M.A.C niega haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, sin embargo, de los videos aludidos se puede</p>								
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>colegir perfectamente que el lugar o inmueble del centro educativo es sumamente estrecho donde al momento de recreo o salida de las aulas de los menores existe gran congestión de niños correteando por los pasadizos y pequeño patio con piso de tierra, sumado a la presencia de las personas mayores que fungían de docentes y/o auxiliares de aula, por lo que es difícil afirmar que alguien pueda estar atenta a que nadie transite por el pasadizo de la escalera o la escalera misma y que tal hecho pueda ser apreciada por el rabillo del ojo de quien está sentada en la posición de la referida testigo, conforme al video y fotos de la propia parte.</p> <p>E. Que en los videos incorporados no se ha podido obviar que la tranca, que significa un obstáculo de madera en la base de la escalera, es perfectamente traspuesto tanto por menores de la edad de los agraviados como por el acusado, quien supuestamente tiene una limitación física. Además destaca que el lugar donde habrían ocurrido exactamente los hechos, que sería al pie de la escalera a la azotea o siguiente piso, queda al interior de la habitación de A.M.A.C y empieza desde casi el nivel del suelo, para terminar a dos metros setenta y siete centímetros, donde perfectamente cabe el acusado y los menores, el mismo que no es tan visible desde la ventana que da al pasadizo externo. Lo expuesto acredita que el lugar del evento si permitía el acceso de los menores y el</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>acusado, que éste cabe perfectamente en el espacio bajo la escalera dentro de dicha habitación y que no había agua en dicho segundo piso lo que justifica la versión de la tina azul narrada por los menores donde habrían sido aseados.</p> <p>F. Que, en lo atinente al argumento defensivo del imputado en el sentido que se encuentra imposibilitado de mantener determinadas posturas, especialmente en cuclillas, como debería haber estado para lograr la penetración anal, pues manifiesta haber sido sometido a una operación de columna, es de destacar la declaración plenaria del médico D.C, quien narró concluyentemente que el acusado fuera operado hace once años de las cinco vértebras lumbares y que fue una operación exitosa y que la única limitación que señalara es una dorsificación del pie izquierdo que en la práctica importa la dificultad (no imposibilidad) de impulsarse hacia delante con los dedos del pie izquierdo. Además, en las diligencias en el lugar de los hechos se aprecia que el acusado se moviliza perfectamente por las escaleras de acceso al segundo piso y traspasa la tranca de madera sin mayor dificultad ligeramente de costado, como lo haría cualquier persona con una valla de setenta y ocho centímetros de alto. El imputado ha reconocido en el propio juicio de apelación que subía agua en la tina azul al segundo piso, para cuestiones de aseo personal y de su esposa, lo que importa peso, fuerza y una</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>posición hacia adelante sostenida durante toda la subida a gradas bastante empinadas como se verificara en el video de la inspección, y por si fuera poco, en la propia audiencia de apelación, atravesaba hasta en dos oportunidades la Sala (de ida y de regreso) frente a los magistrados, para ubicarse en el lugar de su examen, trasvasando el cable del micrófono del sistema de audio, ubicado a considerable altura, sin ningún problema y sin apoyarse en mueble o persona alguna. En tal virtud, no es verdad que no haya podido sostener por breve lapso de tiempo una posición que le permita acceder a rozamientos o intentos de penetración anal en los menores.</p> <p>G. Que lo narrado por los menores ha sido corroborado no sólo por las circunstancias de tiempo, lugar, espacio, bienes y personas, sino por las circunstancias ansioso depresivas producto de stress o trauma sexual que presentan, quienes han quedado con secuelas psicológicas y psiquiátricas que les tomará tiempo y dinero superar y que son una prueba más de que los hechos efectivamente ocurrieron.</p> <p>H. Que, respecto a las testimoniales de descargo, como lo destacara el Ministerio Público, las mismas no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios señalados, como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>denunciado. Es más, varias de las declaraciones no sólo se desvanecen en cuanto a su verosimilitud por las relaciones –de los referidos deponentes-con el acusado por ser su alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismo, las testimoniales carece de consistencia.</p> <p>Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base de los tres motivos de casación constitucional.</p> <p>III. Del primer motivo casacional. Presunción de Inocencia.</p> <p><i>CUARTO.</i> El recurrente denuncia que la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba. Afirma que el Colegiado interpretó <i>contrario sensu</i> la prueba médica que aportó su defensa; que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados; que la evaluación psiquiátrica realizada por los Peritos Psiquiatras S.A.B y M.P.M, en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de la evaluación del menor R.A.S.V., no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por A.M.A.C, empero no precisó si la observación efectuada por la citada testigo se realizó durante el recreo o a la hora de salida de los alumnos a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores en dicho patio; que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron, específicamente lo vertido por el médico D.C en el sentido que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “<i>afectación en la función motora</i>”, es decir, “<i>movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres</i>”, secuelas que se le han presentado durante los once años transcurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación.</p> <p>QUINTO. Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea <i>suficiente</i> –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, <i>primero</i>, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, <i>segundo</i>, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.</p> <p>Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.</p> <p><i>SEXTO.</i> De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las sindicaciones uniformes y persistentes de los menores agraviados; que si bien las evaluaciones psiquiátricas señalan cierta inconsistencia en los relatos de dichos menores, están referidas a determinadas circunstancias absolutamente comprensibles dada la escasa edad de las víctimas; que las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga G.E.G.M en el acto oral –que dan cuenta de la reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentan ambos menores– refuerzan los cargos; que si bien la testigo de descargo A.M.A.C negó haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, tal aseveración quedó desvirtuada con la visualización de los videos filmados con ocasión de la inspección en el lugar de los hechos y el proporcionado por la defensa del acusado; que, finalmente, está descartado que el acusado padeciera de limitaciones físicas que le impidieran cometer los ilícitos que se le atribuyen -no solamente por lo explicado por el médico D.C sino también por lo observado en los videos incorporados en la que se aprecia al acusado movilizándose perfectamente por las escaleras del segundo piso, traspasa una</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>tranca de madera de setenta y ocho centímetros de alto, por lo declarado por el mismo acusado en el sentido que subía agua en una tina azul al segundo piso y por lo observado por los magistrados que intervinieron en la audiencia de apelación-.</p> <p>Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria.</p> <p>El motivo no puede prosperar.</p> <p>IV. Del segundo motivo casacional. Debido proceso.</p> <p><i>SÉPTIMO.</i> Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela jurisdiccional, en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, y por ser una garantía general dota de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas no reconocidas expresamente en la Carta Política, pero que están destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo. Por ello se dice que se trata de una cláusula de carácter residual o subsidiaria, en cuya virtud comprende fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos.</p> <p>No resulta por tanto correcto, incluir en el derecho al debido proceso a las cláusulas de garantía específicas ya contenidas en la Constitución.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>En consecuencia, la garantía del debido proceso asegura que un fallo sea justo, acorde tanto a los hechos como al derecho, lo que justifica que una causa sea revisada por una instancia superior.</p> <p>OCTAVO: De la lectura de lo argüido en este extremo por el encausado en el sentido de que se habría vulnerado la garantía del debido proceso en razón a que la sentencia de vista incurrió en incongruencia fáctica al indicar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, diagnóstico que – según el recurrente- no se evidenciaría en los protocolos de pericia psicológica, es de acotar que dicha alegación cuestiona el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba y su vinculación con los mismos, aspectos que, como se indicó en el fundamento jurídico quinto, están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia, no a la garantía del debido proceso.</p> <p>Adicionalmente, cabe puntualizar que lo denunciado por el recurrente no se condice con el mérito de lo actuado. En efecto, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista se sustentaron, entre otros elementos de convicción, en el mérito de las pericias psicológicas debidamente explicadas por la Perito Psicóloga G.E.G.M, quien en el acto oral hizo referencia a la <i>“reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentaban ambos menores agraviados”</i>.</p> <p>El motivo debe rechazarse.</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>V. Del tercer motivo casacional. Derecho de defensa.</p> <p>NOVENO. El inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución reconoce la garantía de defensa procesal. Es una garantía, desarrollada legalmente en el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, que importa que todo justiciable pueda tomar posición frente a los reproches o cargos formulados en su contra y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión; es decir, permite instrumentalmente el esclarecimiento de la sospecha mediante un proceso dialéctico, en el que se pone a debate aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como los argumentos y contra argumentos ponderados entre sí.</p> <p>DÉCIMO. Alega el recurrente que se vulneró su derecho de defensa porque se dejó de lado las declaraciones testimoniales de descargo por el sólo hecho de que los deponentes eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.</p> <p>UNDÉCIMO. Los cuestionamientos que se esgrimen no se refieren, propiamente, al ámbito de la garantía de defensa procesal, sino al de tutela jurisdiccional, pues una resolución fundada en derecho requiere una apreciación y, luego, una valoración de los actos de prueba determinantes del juicio de culpabilidad, así como una respuesta acabada a los puntos que integran el objeto del debate y un pronunciamiento congruente con las pretensiones de las partes. Por lo demás, analizando el mérito de la denuncia, se tiene que tanto el Tribunal juzgador</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>como el de apelación han cumplido con expresar de manera clara, entendible y suficiente las razones por las que le restan mérito probatorio a las referidas declaraciones testimoniales, especificando en la sentencia de vista que dichas declaraciones no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios – mencionados expresamente en la citada sentencia-, tales como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Asimismo, se indicó que dichas testimoniales no sólo se desvanecían en cuanto a su verosimilitud por las relaciones con el acusado como alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismas, carecían de consistencia.</p> <p>En consecuencia, se advierte que los citados elementos de prueba fueron debidamente analizados y compulsados de manera conjunta y razonada con el caudal probatorio actuado en juicio oral. En todo caso, corresponde al Juez, soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda, aspecto que no le está permitido analizar a este Tribunal de Casación.</p> <p>Los argumentos de defensa del imputado fueron adecuadamente debatidos y analizados. El Tribunal de apelación desarrolló una argumentación racional ajustada al tema en debate y además ha dado cumplida respuesta a cada uno de los</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>agravios manifestados por éste al formular su recurso de apelación. El motivo carece de virtualidad.</p> <p>DUODÉCIMO. El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal precisa que procede excepcionalmente la casación “...cuando la Sala Penal de la Corte Suprema discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. En virtud de la referida norma procesal, esta Suprema Sala consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: I. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y II. el acceso carnal por vía bucal.</p> <p>DÉCIMOTERCERO. La individualización judicial de la pena o determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas, sobre esa base el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En función a estos dos criterios, trabajará tal como lo explica la doctrina primero en construir <i>el ámbito abstracto de la pena</i> –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; como segundo paso, <i>pasará a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta</i> –individualización de la pena concreta-, y finalmente entrará en consideración <i>la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto.</i></p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>En lo referente a la tentativa, la norma es clara en señalar que se presenta cuando “<i>el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena</i>” –artículo dieciséis del Código Penal-. De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea –imposible consumación del delito, ya sea por ineficacia del medio empleado o por la impropiedad del objeto sobre el que recae la acción- no es punible.</p> <p>En consecuencia, queda claro que si el ilícito de violación sexual de menor de edad no llega a consumarse, pese a haberse iniciado la ejecución del mismo, el Juez al momento de determinar la pena a imponer necesariamente deberá disminuirla prudencialmente.</p> <p>DÉCIMOCUARTO: Desde una perspectiva global, la tipificación de los delitos contra la Libertad Sexual previstos en el Título IV, Capítulo IX, del Código Penal protegen el libre desarrollo de la sexualidad o la capacidad de una persona de auto determinarse sexualmente. El bien jurídico “Libertad Sexual” debe ser entendido en un sentido dual: como un derecho a la libre autodeterminación sexual en los mayores de edad y un</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores e incapaces.</p> <p>El delito de violación sexual está previsto en el artículo ciento setenta del Código Sustantivo, que sanciona a quien <i>“con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, (...)”</i>. De manera similar el artículo ciento setenta y tres del citado cuerpo normativo, reprime a quien <i>“tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, (...)”</i>.</p> <p>De la lectura de ambas normas se advierte que el “acceso carnal por vía bucal” está contemplado expresamente en nuestra legislación como una conducta castigada, en el primer caso, si se efectúa con violencia o grave amenaza y, en el segundo caso, si se trata de menor de edad, en el que la concurrencia de tales elementos –violencia o grave amenaza- resulta intrascendente.</p> <p>En consecuencia, el legislador ha equiparado la gravedad de obligar a una relación sexual vía vaginal o anal con la conducta de imponer a una persona -o a un menor de edad- a practicar el sexo oral, puesto que en ambos casos importa una vulneración intensa de su libertad sexual y su facultad de autodeterminarse –o de su indemnidad sexual-, lo que a su vez implica –tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria- que no es</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>necesario el daño físico o la comisión de un delito de lesiones para que exista una conducta subsumible en el artículo ciento setenta o ciento setenta y tres del Código Penal. Como bien señala Caro Coria, “<i>el ejercicio violento de la libertad sexual no sólo ataca aspectos físicos</i>” (Caro Coria, Dino Carlos: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual; p. 82) sino que compromete también aspectos valorativos que se vinculan con el ejercicio de derechos constitucionales, los cuales no pueden permitir y tolerar una protección penal sesgada y unilateral.</p> <p>DÉCIMOQUINTO. Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, <i>a contrario sensu</i>, del nuevo Código Procesal Penal].</p> <p>DECISIÓN</p> <p>Por estos fundamentos:</p> <p>I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por los motivos de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado S.E.V.V contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve,</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.</p> <p>II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado S.E.V.V; ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.</p> <p>III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.</p> <p>IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. SS./S.M.C./L.C.P/S.P.T/ T.C.C/ CC / imd</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de las Técnicas de Interpretación en la sentencia de la Corte Suprema.

LECTURA. El cuadro 2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas **inadecuadamente** por los magistrados, en el sentido que debieron de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación. Sin embargo haciendo un análisis por cada Dimensión, se tiene los siguientes resultados: respecto a la Dimensión *Interpretación Jurídica*: se cumplieron con 1 parámetro en parte relacionado en cuanto a Sujetos: determina tipo o tipos de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación, se cumplió con 1 parámetro en cuanto a resultados: determina el tipo o tipos de interpretación jurídica de normas seleccionadas para posterior argumentación; en cuanto a Medios: se cumplieron con 2 parámetros: determinación de criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido, es decir entender las normas penales que garantizan el proceso y; determinación de criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido, es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema interpretativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. Respecto a la Dimensión *Integración Jurídica*: no se cumplieron con los 4 parámetros relacionados con las sub dimensiones de Analogía; con la Sub dimensión de Principios Generales del Derecho, con la Laguna de Ley, y con los Argumentos de integración jurídica. Finalmente respecto a la Dimensión *Argumentación Jurídica*: a la sub dimensión Componentes: se cumplieron 4 parámetros a veces determina los componentes de la argumentación jurídica, determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse, determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse, determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento y 1 parámetro no se cumplió determina el “error in procedendo” y/o “error in iudicando” para la materialización de a casación; en cuanto a la sub dimensión Sujetos: 1 parámetro no se cumplió determina los principios esenciales para la interpretación constitucional; y la sub dimensión Argumentos Interpretativos 1 parámetro si cumple pero en parte, determinando los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación.

Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables					
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Remisión inexistente	Inadecuada	Adecuada
			[0,5]	[1,5]	[2,5]		[0-5]	[6-15]	[16-25]	[0]	[26 - 50]	[51 - 80]
Incompatibilidad normativa	EXCLUSIÓN	Validez formal	1		1	11	[10-15]	Siempre	14			
		Validez Material	1		3		[4-9]	A veces				
	COLISIÓN	Control difuso	3	1			3	[7-10]				
						[3-6]		A veces				
						[0-2]		Nunca				
	Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN		[0]	[2,5]	[5]		[11-20]				
Sujeto a				1								
Resultados					1	17.5	[1- 10]	Inadecuada				
Medios				2		[0]	Remisión inexistente					
INTEGRACIÓN		Analogía	1			0	[11-20]	Adecuada				
		Principios generales	1									
		Laguna de ley	1				[1- 10]	Inadecuada				
												30

		Argumentos de integración jurídica	1				[0]	Remisión Inexistente							
	ARGUMENTACIÓN	Componentes	1	4		12.5	[18-35]	Adecuada							
		Sujeto a	1				[1 – 17.5]	Inadecuada							
		Argumentos interpretativos		1				[0]	Remisión Inexistente						

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017

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

LECTURA. El cuadro 3, revela que las variables en estudio: **incompatibilidad normativa**, y las **técnicas de interpretación** fueron aplicadas de manera inadecuada por parte de los magistrados ante una indebida observancia de garantías constitucionales, que según el caso en estudio deberían de haber utilizado los criterios, principios y demás normas del derecho. En cuanto a *incompatibilidad normativa* pese a su no existencia, si se cumplieron en su gran mayoría con los requisitos en cuanto a criterio de la validez de la norma tanto formal como material, sin embargo un requisito no se cumplió: determinar los errores jurídicos contenidos en la resolución recurrida; en cuanto al control difuso, 3 parámetros no se cumplieron ante la no necesidad de no evidenciarse con el cumplimiento de los componentes de la figura de la colisión por tratarse el caso de interposición de recurso de casación por indebida inobservancia de garantías constitucionales, pero si se evidenció el cumplimiento del principio de proporcionalidad en estricto sensu; Finalmente en cuanto a las *Técnicas de Interpretación*, no se cumplió con la aplicación de la Integración Jurídica al no evidenciarse vacío o deficiencia en la normatividad a poder aplicar, por lo cual no hubo necesidad de su aplicación; si se cumplió con verificar el cumplimiento y aplicación casi total de los parámetros conformantes de la Interpretación Jurídica, sin embargo en los parámetros relacionados a la Argumentación Jurídica, se evidenciaron de forma implícita, y 1 parámetro si debió de cumplirse necesariamente por la importancia de los mismos: principios esenciales para la interpretación constitucional.

4.2. Análisis de resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01, del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017, fue **inadecuada**, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

Respecto a la variable: incompatibilidad 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 de los magistrados lo siguiente:

1.1. Exclusión:

1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir la validez formal. *(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica)*

Sí cumple, se evidenció que en sentencia casatoria los magistrados seleccionaron normas constitucionales vigentes y que las mismas se ajustan a las circunstancias del caso, tales como el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado relacionada al debido proceso, inciso 14 del artículo 139° de la Carta Magna relacionada al derecho de defensa, normas constitucionales que motivaron el recurso de casación interpuesto por el sentenciado; sin embargo es preciso indicar que no se seleccionó el numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, norma constitucional que establece que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

La vigencia está suficientemente descrita en el segundo párrafo de la cita. El Tribunal Constitucional exige para que una norma jurídica esté vigente que “(...) haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente”. (Rubio Correa citado por la Revista PUCP, 2005, p. 8)

2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. *(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)*

No cumple, por razón de que en el presente caso no fue necesario establecer una jerarquía de normas constitucionales y legales, esto es en función de que el caso se relacionó a la: a) inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa; b) inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, c) indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005.

3. Los fundamentos 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 su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)*

Sí cumple, se evidenció la selección de normas legales relacionadas al presente caso, tanto de carácter sustantivo como de carácter procesal, tales como:

✓ **De carácter sustantivo:**

- *Principio de lesividad* regulada en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, para la imposición de la pena. (Considerando Décimo tercero)
- El delito contra la libertad sexual establecido en el Título IV, Capítulo IV, del Código Penal (Considerando Décimo cuarto).

✓ **De carácter procesal:**

- Primer párrafo del Artículo II del Título Preliminar del NCPP, relacionado a la presunción de inocencia y que la misma es congruente con el pedido del recurso de casación. (Considerando Quinto)
- Artículo IX del Título Preliminar del NCPP, relacionado al derecho de defensa y que también se sustenta en el recurso casatorio. (Considerando Noveno)
- Artículo 427° del NCPP, que se aplica excepcionalmente cuando los

magistrados consideren determinar jurisprudencia. (Considerando Décimo tercero)

4. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. *(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)*

Sí cumple, de conformidad con lo indicado en el precedente parámetro, se puede evidenciar la aplicación de normatividad vigente y que las mismas se encuentran relacionadas al caso, tal es así que para complementar la indicación normativa e interpretación de las mismas, los magistrados seleccionaron jurisprudencia y doctrina, además de aplicar las máximas de la experiencia.

Asimismo, la pretensión principal del impugnante fue que se revoque la sentencia precedente y que absuelva la sentencia por haberse infringido lo siguiente: a) inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa; b) inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, c) indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005. En consecuencia, los magistrados optaron por determinar los puntos más relevantes y así poder dar solución al problema, siendo éstos: a. la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; b. el acceso carnal por vía bucal, los cuales determinaron que la petición del impugnante fue infundado.

5. 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 qué principio o derecho se vulneró)*

Sí cumple, se evidenció la selección de la causal de *inobservancia de las garantías constitucionales* de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa, reguladas en el artículo 429° inciso 1 del NCPP; *inobservancia de normas legales de carácter procesal* sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las

declaraciones testimoniales de descargo, reguladas en el artículo 429° inciso 2 del NCPP; *e indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal* respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005, reguladas en el artículo 427° inciso 3 del NCPP.

Es suficiente penetración parcial para determinar la consumación del delito de violación. Irrelevancia del consentimiento sexual por parte de la menor "...para estimar consumado el delito de violación sexual no hace falta penetración total, y sólo es suficiente que, de uno u otro modo, el pene acceda a la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin que incluso se exija la tortura más o menos completen el himen, sólo hace falta que el pene supere el umbral del *labium minus* y llegue hasta el himen, como ha ocurrido en el presente caso al presentar ésta un desgarró; que si bien la agraviada no ha sido persistente en sus declaraciones, (...)" (R.N. N° 3398-2005, San Martín Castro, César, Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante, Lima, 20006, p. 982)

1.2. Colisión:

1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema.

No cumple, por razón de que no existió una colisión normativa de normas ni de principios de cualquier índole, por el contrario, se desarrolló la *inobservancia de las garantías constitucionales* de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa, reguladas en el artículo 429° inciso 1 del NCPP; *inobservancia de normas legales de carácter procesal* sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo, reguladas en el artículo 429° inciso 2 del NCPP; *e indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal* respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005, reguladas en el artículo 427° inciso 3 del NCPP, como causales de casación.

2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (*Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)*)

No cumple, debido a que el presente criterio de idoneidad busca encontrar el medio-fin que tiene el derecho vulnerado y la decisión judicial que emitió la instancia precedente, es decir, que tenga una consecuencia jurídica en masa. En tal sentido, no se evidenció este criterio por desarrollarse las causales de casación solicitadas por el impugnante.

El examen de necesidad propone que el juez constitucional revise si existen otros medios de lograr el fin constitucional que sean menos gravosos al derecho afectado. Si los hubiera, el hecho o la norma sometida a control deberá ser declarado o declarada inconstitucional. Si

no hubiera otra posibilidad entonces el hecho o la norma serán declarados inconstitucionales. (p. 72)

3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio 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)*
No cumple, debido a que el principio de necesidad se relaciona al criterio anterior de idoneidad, por lo cual, al no existir uno no existe este criterio.

El test de proporcionalidad también es llamado en la jurisprudencia como “test de razonabilidad”, “test de razonabilidad o proporcionalidad”, o “test de igualdad”. Por lo tanto, es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. (STC. Exp. N° 0027-2006-PI-TC de fecha 21.11.2007)

4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio 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 cumple pero en parte, debido a que si bien los magistrados se pronunciaron respecto a cada causal de la casación con fundamentos jurídicos, empero no indicaron o no se evidenció el orden correcto que establece el test de proporcionalidad, siendo ello relevante pues la sentencia van dirigidas hacia las partes procesales y debe ser entendible y congruente, es por ello la importancia del orden.

En consecuencia, para poder fundamentar y absolver la petición del impugnante los magistrados consideraron establecer dos puntos relevantes: **a. la individualización judicial de la pena** en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y, **b. el acceso carnal por vía bucal.**

Al respecto, el orden debió de desarrollarse de la siguiente manera:

a. Inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa; regulada en el inciso 1 del artículo 429° del NCPP y que la

misma es congruente con el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado (debido proceso), Primer párrafo del Artículo II del Título Preliminar del NCPP (presunción de inocencia), Artículo IX del Título Preliminar del NCPP, relacionado al derecho de defensa.

✓ **Grado de realización u optimización del fin constitucional:**

Respecto a esta causal, los magistrados consideraron que no hubo la vulneración de ningún derecho que afecte al sentenciado en razón de que las pruebas que se desarrollaron en el proceso penal fueron las adecuadas al caso y que las mismas fueron aportadas en su oportunidad, por ambas partes.

✓ **Intensidad de la intervención o afectación del derecho:**

Si bien la afectación de los derechos que señaló el imputado son de gravedad, los mismos no se llegaron a determinar por razón de que los anteriores magistrados aplicaron correctamente las normas e interpretaron de acuerdo a los hechos y pruebas que se aportaron.

b. Inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo. (Art. 429° inciso 2 del NCPP)

✓ **Grado de realización u optimización del fin constitucional:**

Las pruebas testimoniales sí fueron valoradas, si bien es cierto la testimonial de sujeto no coincidía, ésta fue desvirtuada pues con la prueba de la cámaras de seguridad que lo comprometía.

✓ **Intensidad de la intervención o afectación del derecho:**

En consecuencia la vulneración de este derecho como señaló el impugnante no hubo.

c. Indevida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005. (Art. 429° inciso 3 del NCPP)

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 una inobservancia de garantías constitucionales, los magistrados debieron de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación, hallándose lo siguiente:

1.1. Interpretación:

1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial)

Sí cumple pero en parte, esto es en el sentido que si bien no se indicó expresamente el tipo de interpretación jurídica, empero sí se desarrolló por lo que se infiere que hubo tres tipos de interpretación jurídica (auténtica, doctrinal y judicial). La interpretación auténtica se evidenció en la interpretación del significado real de las normas, en la interpretación doctrinal se evidenció los criterios aplicados por los propios magistrados y del doctrinario “Caro Coria” para definir el delito de violación sexual (Considerando décimo cuarto). En cuanto a la interpretación judicial, los magistrados analizaron las sentencias precedentes, los hechos descritos por el impugnante y la norma.

Es aquella que realiza el mismo órgano sujeto que expidió de la norma jurídica, mediante la emisión de otro precepto de igual jerarquía. Puede ser realizada por el mismo órgano competente para regular la materia del precepto [legislativo, ejecutivo y judicial], o la misma parte legitimada para regular la declaración preceptiva [negocio jurídico, tratado acto administrativo]. No es indispensable que se formule por las primeras personas o individuos en caso se trate de órganos o poderes públicos, pues lo obliga y adquiere fuerza vinculante no es quién lo emitió, sino la función o rol político-jurídico que desempeñen. (Gaceta Jurídica, 2004, p. 48)

2. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa)

Sí cumple, se evidenció la interpretación declarativa que comprende el significado de la norma.

Rubio Correa (2012) sostiene:

La integración jurídica es un capítulo de la teoría general del derecho dentro del cual se crean normas jurídicas antes inexistentes, mediante la aplicación del derecho. La inmensa mayoría de normas jurídicas en nuestro sistema jurídico es establecida por el Estado. La legislación la dictan muy diversos órganos con tal atribución. La jurisprudencia es dictada por los jueces y administradores en el ejercicio de sus competencias. En el caso de la integración jurídica, la creación de las normas ocurre dentro del procedimiento de razonamiento de quien aplica determinadas normas jurídicas. (p. 134)

3. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. (*Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico*)

Sí cumple, se evidenció el método de interpretación *ratio legis* que comprende interpretar el sentido de las normas jurídicas empleadas, y que las mismas se relacionan a la pretensión y hechos señalados por el impugnante.

4. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas 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*)

Sí cumple, se evidenció la *interpretación sistemática* que según el autor Bramont Arias citado por Torres (2006) “consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer”. (p. 566)

1.2. Integración:

1. Determina 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*)

No cumple, debido a que se desarrolló las causales de casación que indicó el impugnante, cabe indicar que si bien fueron señaladas y fundamentadas por los magistrados, las mismas no fueron fundadas, por carecer de congruencia. La integración jurídica tiene por finalidad que ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se aplique dicha integración, y por ende, llenan vacíos legales o deficiencias de la ley. (Torres, 2006, p. 606)

2. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (*Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley*)

No cumple, porque no hubo vacío o ineficiencia en la ley, sino de acuerdo al impugnante hubo causales de casación como: **a. Inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa;** regulada en el inciso 1

del artículo 429° del NCPP y que la misma es congruente con el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado (debido proceso), Primer párrafo del Artículo II del Título Preliminar del NCPP (presunción de inocencia), Artículo IX del Título Preliminar del NCPP, relacionado al derecho de defensa. **b. Inobservancia de normas legales de carácter procesal** sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo. (Art. 429° inciso 2 del NCPP) **c. Indebida aplicación, errónea interpretación de la ley** penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005. (Art. 429° inciso 3 del NCPP)

El autor Torres (2006), define a los principios generales del derecho a las “ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario”. (pp. 483-484)

3. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (*Antinomias*)

No cumple, la antinomia “es cualquier situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (clases de supuestos de hecho concretos) consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles (Chiassoni, 2010), en tal sentido, las antinomias no se aplican al presente caso, pues se desarrolló las causales de casación.

4. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración.

No cumple, al no existir vacíos o ineficiencia en la norma no se puede usar la integración como figura jurídica y la creación de normas, esto es porque se señaló las causales de casación: Inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa; Inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo, e Indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005.

La integración jurídica tiene por finalidad que ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se aplique dicha integración, y por ende, llenan vacíos legales o deficiencias de la ley. (Torres, 2006, p. 606)

1.3. Argumentación:

1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial)

No cumple. En primer lugar, las causales de casación fueron declaradas infundadas por razón de que no tenían sustento fáctico o jurídico, esto es que no se evidenció la vulneración de derechos constitucionales y/o legales ya sea de carácter sustantivo o procesal. En consecuencia no existieron los errores señalados en el presente indicador. Asimismo, es preciso señalar que la pretensión del impugnante fue que se le absuelva y se le declare inocente, señalando las causales pertinentes y girando sus fundamentos fácticos en la no valoración de testimoniales como también en las contradicciones de las mismas, sin embargo esto queda desvirtuado en el sentido de que la prueba fundamental de la violación y de la tentación de la misma como delito son los certificados médicos, pericias psicológicas y psiquiátricas, además de ello, la prueba que vinculó al sentenciado fue los vídeos de cámaras en donde aparece ingresando al colegio donde se encontraban los menores de edad, y respecto a lo que indicó el sentenciado “no se valoraron sus pruebas médicas” esto queda descartado por razón de que en audiencia los médicos indicaron que él sí podía movilizarse además que el mismo sentenciado señaló en sus manifestaciones que sí podía realizar actividad física, además de otros testigos.

En ese sentido, no existió estos tipos de errores, y los mismos tampoco fueron señalados por el sentenciado.

2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. *(Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión)*

Sí cumple pero en parte, esto es en el sentido que dichos componentes de la argumentación jurídica (premisas, inferencias y conclusión) se encuentra en los considerandos primero, segundo, tercero y en la parte resolutive de la sentencia casatoria.

3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. *(Premisa mayor y premisa menor)*

Si cumple pero en parte, porque se evidenció el desarrollo de las premisas pero no el orden correspondiente, debiendo ser el siguiente:

a. Premisa mayor:

- ✓ **Inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa;** regulada en el inciso 1 del artículo 429° del NCPP y que la misma es congruente con el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado (debido proceso), Primer párrafo del Artículo II del Título Preliminar del NCPP (presunción de inocencia), Artículo IX del Título Preliminar del NCPP, relacionado al derecho de defensa.

- ✓ **Inobservancia de normas legales de carácter procesal** sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo. (Art. 429° inciso 2 del NCPP)

- ✓ **Indebida aplicación, errónea interpretación de la ley** penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005. (Art. 429° inciso 3 del NCPP)

b. Premisa menor:

Respecto a la primera causal, los magistrados consideraron que no hubo la vulneración de ningún derecho que afecte al sentenciado en razón de que las pruebas que se desarrollaron en el proceso penal fueron las adecuadas al caso y que las mismas fueron aportadas en su oportunidad, por ambas partes.

Si bien la afectación de los derechos que señaló el imputado son de gravedad, los mismos no se llegaron a determinar por razón de que los anteriores magistrados aplicaron correctamente las normas e interpretaron de acuerdo a los hechos y pruebas que se aportaron. Las pruebas testimoniales sí fueron valoradas, si bien es cierto la testimonial de sujeto no coincidía, ésta fue desvirtuada pues con la prueba de la cámaras de seguridad que lo comprometía. En consecuencia la vulneración de este derecho como señaló el impugnante no hubo.

4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (*Encascada, en paralelo y dual*)

Sí cumple pero en parte, en el caso en estudio se presentó la *inferencia en cascada* (se produce la conclusión que se obtiene de las premisas) y *en paralelo* (pueden causar la existencia de dos o más consecuencias). (Luján, citado por Gaceta Jurídica, 2004). La *primera*, se evidencia en la parte resolutive, que como consecuencia del análisis interpretativo y argumentativo la casación se declaró infundado; mientras que la *segunda* también se evidencia en la parte resolutive, cuando tiene dos consecuencias: 1. Que el recurso de casación se declaró infundado, y, 2. Que se dispuso que la sentenciase lea en audiencia pública.

5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.
(*Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria*)

Sí cumple pero en parte, en el sentido que si bien los magistrados no lo mencionan como tal, sin embargo sí se evidencia el contenido de la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. En consecuencia, en el caso en estudio se evidenció la conclusión única, pues la argumentación culminaba en una sola conclusión, aun cuando la secuencia haya incluido varias inferencias que –en cascada– culminaron, después de varias operaciones lógicas, en una conclusión (Luján, citado por Gaceta Jurídica, 2004).

6. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) *Principio de coherencia normativa; b) Principio de congruencia de las sentencias; c) Principio de culpabilidad; d) Principio de defensa; e) Principio de dignidad de la persona humana; f) Principio de eficacia integradora de la Constitución; g) Principio de interdicción de la arbitrariedad; h) Principio de jerarquía de las normas; i) Principio de legalidad en materia sancionatoria; j) Principio de presunción de inocencia; k) Principio de razonabilidad; m) Principio de tipicidad; n) Principio de debido proceso; o) Principio de non bis in idem; p) Principio prohibitivo de la reformatio in peius; q) Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio; r) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)*

No cumple, pues no se evidencia la aplicación de principios esenciales para la interpretación constitucional. En el caso en estudio, debió de desarrollarse y aplicarse los siguientes principios: a) *Principio de razonabilidad y proporcionalidad*, relacionada a la ponderación de derechos; b) *Principio de tipicidad*, constituye la precisa definición de la conducta que

la ley considera como falta; c) *Principio de concordancia práctica con la Constitución*, coordina el contenido del derecho constitucional y legal para incorporar en su interpretación.

7. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (*Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios*)

Sí cumple pero en parte, en el caso en estudio sólo se evidenció el argumento *de autoridad* que consiste en recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para establecer el significado de una categoría, un principio o una determinada disposición jurídica (Zavaleta, 2014), este argumento se encuentra en los considerandos primero, y tercero de la sentencia casatoria; sin embargo, también debió de aplicarse el *argumento a partir de principios*, que en base a la función interpretativa, consiste en que los magistrados aplican reglas como la utilización de principios (Zavaleta, 2014) de los mencionados en el indicadores precedentes.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad – Chimbote. 2017, se evidenció acorde al (Cuadro Consolidados N° 3):

Sobre la incompatibilidad normativa:

1. No se evidenció en la sentencia objeto de estudio, conflicto normativo por la que desencadenará en apartarse una norma de otra u otras al no haberse transgredido en sí la propia validez tanto formal como material que encierra una norma jurídica.
2. No fue necesario el empleo del control difuso ante la no existencia de colisión de normas o ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales, por la que inaplicaran los magistrados la ley incompatible con la Constitución para el caso concreto según el artículo 138 de la Constitución.

Sobre a las técnicas de interpretación:

3. **Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “interpretación”**, los magistrados de la Corte Suprema, emplearon los tres tipos de interpretación jurídica: auténtica, doctrinal y judicial, ratio legis, sistemática, evidenciándose el total cumplimiento acorde al caso de la concurrencia de los elementos que califiquen el delito de violación sexual a menor de edad, pudiéndose desentrañar el sentido de las normas referentes tanto al delito cometido como el de las causales interpuestas en la casación, evidenciándose de esta manera que los magistrados analizaron interpretando adecuadamente las sentencias precedentes, los hechos descritos por el impugnante y la norma.
4. **Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “integración”** En el caso en estudio no se presentó un vacío o deficiencia en la ley para que se aplique la integración del derecho, habiéndose presentado la Inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia,

debido proceso y derecho de defensa; Inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo, e Indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario N° 2-2005.

5. **Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “argumentación”** los magistrados fundamentaron sus argumentos en **base a premisas, inferencias y conclusiones** (componentes) pero no el orden correspondiente, evidenciando falta de aplicación de principios para basarse en sus argumentos como: a) *Principio de razonabilidad y proporcionalidad*, relacionada a la ponderación de derechos; b) *Principio de tipicidad*, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta; c) *Principio de concordancia práctica con la Constitución*.

6. En la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema si bien se evidenciaron las razones de los magistrados, permitiendo conocer los criterios esenciales que fundamentan la decisión y que responde a las argumentaciones relevantes de las partes, aportando razones fácticas y jurídicas necesarias para justificar apropiadamente la decisión, por falta de orden en los componentes y falta de aplicación de principios en cuanto a argumentos interpretativos de la norma, se evidencia una mínima motivación en la sentencia materia de estudio.

5.2. Recomendaciones

1. Los magistrados al emitir resoluciones judiciales tienen la obligación de motivar debidamente las sentencias; más aún si se hubiere dado el caso de presencia de incompatibilidad normativa, en donde se debe cumplir con evidenciar el cumplimiento de los criterios de validez de la norma, la ejecución de un control difuso que conllevará a un buen desencadenamiento e interpretación no solo de la norma sino del caso en sí.
2. Los magistrados a través del empleo del control difuso, en casos de incompatibilidad normativa, generará una reflexión sistemática y jurídica en base de la hermenéutica y principios de interpretación constitucional, conllevando a que si se determina que una norma no guarda coherencia constitucional la inaplica para el caso concreto llevado a su conocimiento.
3. Los magistrados de la Corte Suprema, siempre deben de emplear los tipos de interpretación jurídica: auténtica, doctrinal y judicial, ratio legis como sistemática, para poder lograr desentrañar el sentido adecuado de las normas referentes tanto al delito cometido como el de las causales interpuestas en la casación, evidenciándose de esta manera el cumplimiento de poder analizar interpretando adecuadamente las sentencias precedentes, los hechos descritos por el impugnante y de la propia norma.
4. Respecto a la integración como técnica de interpretación, debe por parte de los magistrados al evidenciar un vacío o deficiencia en la ley, saber aplicarla, lo que conlleva a integrar el propio derecho escogiendo al caso en concreto o bien a través de analogía in bonam parte, o principios generales del derecho y saber identificar con exactitud la clase de laguna en la ley, para no generar presencia de conflicto normativo alguno.
5. En cuanto a los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación deben de hallarse en forma explícita, toda vez que no es adecuado y propiamente inferir de lo desarrollado por los magistrados. Asimismo, en todo caso en estudio, debe de desarrollarse y aplicarse principios y normas que respalden sus

argumentos, siendo dichos preceptos constitucionales o fundamentales, y no siempre aplicar los básicos o los generales.

6. En cuanto a la labor de nuestros jueces en cuanto a la construcción de sus decisiones judiciales deben ir siempre acompañadas no solo por los estándares de la lógica como de una adecuada justificación de argumentos basadas en una secuencia en la construcción del razonamiento jurídico sino que debe evidenciarse el orden respectivo que encierra toda una sentencia más aun tratándose de los componentes que encierra toda argumentación jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benavente, H. & Aylas, R. (2010) *La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004*. Manual N° 1. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Casal, J. y Mateu, E. (2003). En Rev. Epidem. Med. Prev. 1: 3-7. Tipos de Muestreo. CReSA. Centre de Recerca en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona. Recuperado en: <http://minnie.uab.es/~veteri/21216/TiposMuestreo1.pdf> (23-08-2016)
- Castillo, J.L. (2002). *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*. Perú: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2004) Interpretación Jurídica. En Castillo, J. Luján, M. & Zavaleta, R. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. (pp. 97-146)
- Castillo Calle, M. A. (2012). Criterios de validez de la norma jurídica. LA NORMA JURÍDICA EN EL SISTEMA LEGISLATIVO PERUANO [en línea]. En, *Portal Derecho y Cambio Social*. Recuperado de: http://www.derechoycambiosocial.com/revista028/norma_juridica.pdf (04.09.2016)
- Chiassoni, P. (2010). Antinomias. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 269-317). Lima, Perú: Ara.
- C.S.J.R. (01, Febrero 1999). Casación. Exp. N° 720-97-Lima. *Corte Suprema de Justicia de la República*. En, Cáceres, 2010. (p.71). Lima, Perú.
- C.S.J.R. (2006). Casación. Exp. N° 3706-2006. *Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, Perú.
- C.S.J.R. (04, Octubre 2007). Fundamento Noveno. Casación. Exp. N° 3621-2007-Cuzco. *Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, Perú.

- Díaz, J. (2014) *La Casación Penal. Doctrina y Análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema*. Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Domínguez, J. B. (2009). *Dinámica de Tesis – Guía para preparación y ejecución de proyectos de investigación científica con enfoque multidisciplinario* (3ra. Ed.). Chimbote: ULADECH Católica
- Figuroa, E. (2014). Importancia de la debida motivación: sus implicancias desde la argumentación. En, Figuroa, E. *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas*. (pp. 17-22). Lima, Perú: Gaceta Constitucional.
- Gaceta Jurídica. (2004). *RAZONAMIENTO JUDICIAL. INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*. Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- García Yzaguirre, J. V. (2012). *TEST DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Lima, Perú: Editorial ADRUS SRL.
- Gascón, M. (2003). La actividad judicial: problemas interpretativos. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 93-126). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. (2003). Particularidades de la interpretación constitucional. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 265-299). Lima, Perú: Palestra.
- Guastini, R. (s.f.). Conflicto normativo - Incompatibilidad normativa. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. En, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 08. (Agosto, 2007). Lima, Perú: Palestra del Tribunal Constitucional. Recuperado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderacion_un_analisis.pdf (09.09.2016)
- Guastini, R. (2010). La interpretación de la Constitución. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P.

Interpretación y Razonamiento Jurídico. V. II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3. (pp. 41-44). Lima, Perú: Ara.

Guastini, R. Citado por UNAM. (s.f.). 1. Noción de Antinomia. ANTINOMIAS Y LAGUNAS. En, *Portal de UNAM*. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf> (pp. 437-438). (23.02.2017)

Guías Jurídicas. (s.f.). Interpretación de las normas jurídicas [en línea]. En, *Portal de Guías Jurídicas*. Recuperado de: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAA AAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjA2NztlLUouLM DxbIwMDCwNzAwuQQGZ apUt-ckhlQaptWmJOcSoAP-YkJjUAAAA=WKE> (28.09.2016)

Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. y Batista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ta. Ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.

Jerí, J. G. (s.f.). A) VICIOS IN IUDICANDO. CAPITULO I TEORIA GENERAL DE LA IMPUGNACION [en línea]. En, *Portal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM*. Recuperado de: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/jeri_cj/Cap1.pdf (p. 21). (01.04.2017)

Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Compean Ortiz, L. y Reséndiz Gonzáles, E. (2008). El diseño en la investigación cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. y Carraro, T. *Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales*. Serie PALTEX Salud y Sociedad 2000 N° 9. (pp.87-100). Washington: Organización Panamericana de la Salud.

León Florián, F. J. (s.f.). 3.1 SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA DEL TC [en línea]. En, *Portal de la Escuela del Ministerio Público*. Recuperado de: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf (30.03.2017)

León Florián, F. J. (s.f.). 3.2 SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA DEL TC [en línea]. En, *Portal de la Escuela del Ministerio Público*. Recuperado de: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf (30.03.2017)

León Florián, F. J. (s.f.). 3.3 SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO O PONDERACIÓN. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA DEL TC [en línea]. En, *Portal de la Escuela del Ministerio Público*. Recuperado de: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf (30.03.2017)

Mazzarese, T. (2010). Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y Epistemológicas. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 231-261). Lima, Perú: Ara.

Meza, E. (s.f.). 2. Vicios en la argumentación. *Argumentación e interpretación jurídica* [en línea]. En, REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL. Recuperado de: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf (10.10.2016)

Peña Cabrera Freyre, A.R. (2015). *Los Delitos Sexuales*. Análisis dogmático, jurisprudencial, procesal y criminológico. (2da. Ed.). Lima: Ideas Solución.

Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/ (28-09-2016)

Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Superior de Justicia. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S (28-09-2016)

R.N. N° 3398-2005, San Martín Castro, César, Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante, Lima, 2006, p. 982.

Rosas, J. (2013) *Tratado Derecho Procesal Penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del nuevo código procesal penal. Volumen I. Lima: Instituto Pacífico*

Rubio Correa, M. (s.f.). 7. LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EN, *THEMIS Revista de Derecho*. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_051.pdf (20.10.2016)

Rubio Correa, M. (2011). *EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2013). Capítulo II. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. (3ra. Ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. A. (2015). Argumentos de integración jurídica. *MANUAL DE RAZONAMIENTO JURÍDICO*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Segura, J. & Sihuay, L. (2015) *EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL*. Análisis sistemático conforme al Código Procesal Penal de 2004. Lima: Instituto Pacífico.

Supo, J. (2012). *Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación* [en línea]. EN, *Portal Seminarios de investigación*. Recuperado de <http://seminariosdeinvestigacion.com/tipos-de-investigacion/>. (23-10-2016)

Torres, A. (2006). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO*. (3ra. Ed.). Lima, Perú: Moreno S. A.

Taboada, G. (2014). *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima, Perú: Grijley – Academia Peruana de Jurisprudencia.

Universidad de Celaya (2011). Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya. Centro de Investigación. México. Recuperado de: http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf. (23-11-2016)

Valderrama, S. (s.f.). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima, Perú: San Marcos.

WordReference. (2015). Diccionario de la lengua española / compatibilidad. Copyright. Recuperado de: <http://www.wordreference.com/definicion/compatibilidad> (28-07-2016)

Yaipen, V. (2012). “La Casación en el Sistema Penal Peruano” [en línea]. Tesis de maestría no publicada. Recuperado de: http://www.cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1271/1/Yaipen_zv.pdf (01.12.2016)

Zavaleta, R. (2014) *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Colec. *Derecho & Tribunales*. N° 6. Lima, Perú: 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)	INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<ol style="list-style-type: none"> Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir la validez formal. (Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) <i>Si cumple/No cumple</i> Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) <i>Si cumple/No cumple</i>
			Validez material	<ol style="list-style-type: none"> Los fundamentos 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 su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) <i>Si cumple/No cumple</i> Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. (Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) <i>Si cumple/No cumple</i> Determinar los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida (La Sala Penal de la Corte Suprema ha ejercido competencia sobre los errores jurídicos que contiene la resolución recurrida acorde al artículo 432 del NCPP) <i>Si cumple/No cumple</i> 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 qué principio o derecho se vulneró) <i>Si cumple/No cumple</i>
		Colisión	Control difuso	<ol style="list-style-type: none"> Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. <i>Si cumple/No cumple</i> Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)) <i>Si cumple/No cumple</i> Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio 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) <i>Si cumple/No cumple</i>

			4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio 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) <i>Si cumple/No cumple</i>
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial) <i>Si cumple/No cumple</i>
		Resultados	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa) <i>Si cumple/No cumple</i>
		Medios	1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. (Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) <i>Si cumple/No cumple</i> 2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas 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) <i>Si cumple/No cumple</i>
	Integración	Analogías	1. Determina 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) <i>Si cumple/No cumple</i>
		Principios generales	1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) <i>Si cumple/No cumple</i>
		Laguna de ley	1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (Antimonías) <i>Si cumple/No cumple</i>
		Argumentos de integración jurídica	1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. <i>Si cumple/No cumple</i>
	Argumentación	Componentes	1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) <i>Si cumple/No cumple</i> 2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) <i>Si cumple/No cumple</i> 3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) <i>Si cumple/No cumple</i> 4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) <i>Si cumple/No cumple</i> 5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) <i>Si cumple/No cumple</i>

			<p>Sujeto a</p>	<p>1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) Principio de coherencia normativa; b) Principio de congruencia de las sentencias; c) Principio de culpabilidad; d) Principio de defensa; e) Principio de dignidad de la persona humana; f) Principio de eficacia integradora de la Constitución; g) Principio de interdicción de la arbitrariedad; h) Principio de jerarquía de las normas; i) Principio de legalidad en materia sancionatoria; j) Principio de presunción de inocencia; k) Principio de razonabilidad; m) Principio de tipicidad; n) Principio de debido proceso; o) Principio de non bis in idem; p) Principio prohibitivo de la reformatio in peius; q) Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio; r) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales) Si cumple/No cumple</p>
			<p>Argumentos interpretativos</p>	<p>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios) Si cumple/No cumple</p>

ANEXO 2

CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y DETERMINACIÓN DE LAS VARIABLES (EN MATERIA PENAL)

2. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo al 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 incompatibilidad normativa y las técnicas de interpretación proveniente de la sentencia de la Corte Suprema.
3. La variable independiente: incompatibilidad normativa comprende dos dimensiones (Exclusión y Colisión).
4. La variable dependiente: técnicas de interpretación comprende tres dimensiones (Interpretación; Integración y Argumentación).
5. Cada dimensión de las variables tienen sus respectivas sub dimensiones.

En relación a la variable independiente: incompatibilidad normativa

- 5.1. Las sub dimensiones de la dimensión “Exclusión”, son 2: *validez formal y validez material*.
- 5.2. Las sub dimensiones de la dimensión “Colisión”, es 1: *control difuso*.

En relación a la variable dependiente: técnicas de interpretación

- 5.3. Las sub dimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: *sujetos, resultados y medios*.
- 5.4. Las sub dimensiones de la dimensión Integración, son 4: *Analogías, Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica*.
- 5.5. Las sub dimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: *componentes, sujeto a, y Argumentos interpretativos*.
6. Que la dimensión “Exclusión” presenta 6 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
7. Que la dimensión “Colisión” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento

- para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
8. Que la dimensión Interpretación presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
 9. Que la dimensión Integración presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
 10. Que la dimensión Argumentación presenta 8 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
 11. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto ciertos parámetros, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en base a los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.
 12. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre incompatibilidad normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.
 13. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.
- 14. Calificación:**
- 14.1. De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple
 - 14.2. De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.
 - 14.3. De las dimensiones: se determinan en función a la manera en que se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.
 - 14.4. De las variables: se determina en función a la aplicación de sus dimensiones respectivas.
- 15. Recomendaciones:**
- 15.1. Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.
 - 15.2. Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.
 - 15.3. 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.

15.4. 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.

16. El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.

17. Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS

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 parámetros

Texto respectivo de la sentencia	Lista de parámetros	Calificación
		Si cumple (cuando en el texto se cumple)
		No cumple (cuando en el texto no se cumple)

Fundamentos:

- ❖ El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si cumple
- ❖ La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No cumple

3. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

Cuadro 2
Calificación de la manera de la aplicación en la incompatibilidad normativa

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con la Validez formal y la Validez material	6	[0]
Si cumple con el Control difuso	4	[2]

Fundamentos:

- 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 incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Nunca*

4. PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

Cuadro 3
Calificación de la manera de la aplicación en las técnicas de interpretación

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con los Sujetos, Resultados y Medios	4	[0]
Si cumple con la Analogía, Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica	4	[2,5]

Si cumple con los Componentes, Sujeto a, y Argumentos interpretativos.	8	[5]
--	---	-------

Fundamentos:

- 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 incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Por remisión*

5. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA:

Cuadro 4

Calificación aplicable a las variables: Incompatibilidad normativa y Técnicas de interpretación

Variables	Dimensiones	Sub dimensiones	Calificación			De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión
			De las sub dimensiones					
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0,5]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Exclusión	Validez Formal	2			7	[10 - 15] [4 - 9] [0 - 3]	11
		Validez Material	1	2	1			
	Colisión	Control difuso	4			4	[7 - 10] [3 - 6]	

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada	[0 - 2]		
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos		1		7.5	[11 - 20] [1 - 10] 0]	12.5
		Resultados		1				
		Medios		1				
	Integración	Analogías	1			0	[11- 20] [1 - 10] 0]	
		Principios generales	1					
		Laguna de ley	1					
		Argumentos de interpretación jurídica	1					
	Argumentación	Componentes	5			5	[18 - 35] [1 - 17.5] 0]	
		Sujeto a		1				
		Argumentos interpretativos		1				

Ejemplo: 7, está indicando que la incompatibilidad normativa siempre existe en la sentencias emitidas por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 10; 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 32.

Fundamentos:

- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la incompatibilidad normativa, como: la Exclusión, y la Colisión.
- De acuerdo al 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 al 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 las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa. 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 las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa, se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

A. Incompatibilidad normativa

[10 - 15] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Siempre

[4 - 9] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[0 - 3] = Cada indicador se multiplica por 0,5 = Nunca

B. Técnicas de interpretación

[11 - 20] = Cada indicador se multiplica por 5 = Adecuada

[1 - 10] = 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 al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto 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 Violación Sexual a menor de edad contenido en el expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad - Chimbote.

Por estas razones, como autora, 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.

Chimbote, 29 de Mayo de 2017

Roselina Esperanza Ramos Alfaro

DNI N° 32842283

ANEXO 4

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 14 - 2009
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de febrero de dos mil diez.-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado S.E.V.V contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.

Interviene como ponente el señor C.C.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO. El encausado S.E.V.V fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas setenta y siete, del seis de septiembre de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V.

Seguida la causa conforme a su naturaleza ordinaria, la señora Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, del siete de mayo de dos mil ocho, integrado a fojas cincuenta y cuatro y aclarado a fojas setenta y ocho –del cuaderno de debate–, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y nueve, del once de julio de dos mil ocho. El auto de citación a juicio de fojas ciento veintiocho, del veintidós de septiembre de dos mil ocho, fue emitido por el Juzgado Penal.

SEGUNDO. Seguido el juicio de primera instancia –véase acta de fojas ciento sesenta y cuatro–, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, que condenó a S.E.V.V. como autor del delito contra la libertad sexual– violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado. Contra la referida sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos cincuenta y tres. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos cincuenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil ocho.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Tribunal Superior de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba testimonial por el recurrente, declaró inadmisibles dicha prueba por auto de fojas doscientos ochenta y cuatro, del trece de enero de dos mil ocho. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos once, del dieciocho de febrero de dos mil nueve, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia

privada la sentencia de apelación de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve.

CUARTO. La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a S.E.V.V. como autor del delito contra la Libertad sexual– violación sexual de menor de edad en agravio de P.J.Z.A. y por delito contra la Libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado al pago de las costas del proceso.

El voto singular estimó que la sentencia apelada no había justificado convenientemente una aplicación de treinta años de pena privativa de libertad, puesto que el acusado no reconoció su delito ni coadyuvó al esclarecimiento de las circunstancias del hecho. Empero, al ser impugnada únicamente por su parte, no quedaba mayor opción que confirmar la pena.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado V.V.

QUINTO. Leída la sentencia de vista, el acusado V.V interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas trescientos cuarenta y uno. Introdujo tres motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa; **b)** inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, **c)** indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario número dos del año dos mil cinco.

Concedido el recurso por auto de fojas trescientos cuarenta y siete, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha dos de abril de dos mil nueve.

SEXO. Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas –la defensa del imputado mediante escrito de fojas veintitrés del cuaderno de casación, amplió los fundamentos del recurso de casación que planteó–, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, en aplicación del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: **I.** la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y **II.** el acceso carnal por vía bucal.

SÉPTIMO. Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado V.V, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO. Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de febrero, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaria de la Sala el día diez de marzo a horas ocho de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Del ámbito de la casación.

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, los motivos del recurso de casación se centran en la vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa –artículos dos numeral veinticuatro literal e) y ciento treinta y nueve apartado once y catorce de la Constitución–. Adicionalmente,

la Suprema Sala, en aplicación del apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: **I.** la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y **II.** el acceso carnal por vía bucal.

SEGUNDO. El **primer agravio:** vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que –según el recurrente– la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba, como es el caso de la estimulación que requiere para lograr la erección, ya que el Colegiado interpretó *contrario sensu* la prueba médica que aportó su defensa. Estima el recurrente que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados, ya que de las pericias psicológicas y psiquiátricas se verifica la existencia de una serie de contradicciones en que incurrieron dichos menores, las mismas que hicieron constar en su recurso de apelación; que no se tomó en cuenta la evaluación realizada por los Peritos Psiquiatras S.A.B y M.P.M en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de evaluación del menor R.A.S.V. no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por A.M.A.C, empero, no precisó en que circunstancias la citada testigo observó el patio del centro educativo, a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores, que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron y no se tomó en cuenta lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido de que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “*afectación en la función motora*”, es decir, “*movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres*”, secuelas que se le han presentado durante los once años transcurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación, y si bien, durante la audiencia de segunda instancia se trasladó de un lugar a otro sin ningún problema fue porque no tenía que

realizar esfuerzo físico alguno y trasvasó el cable de micrófono por la escasa altura en que se encontraba ubicado y ello no puede ser sustento de una condena.

El **segundo agravio** referido a la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso estriba en la afirmación del impugnante en el sentido que la sentencia de vista habría incurrido en incongruencia fáctica al señalar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, lo que no se condice con los protocolos de pericia psicológica.

El **tercer agravio** está referido a una supuesta vulneración de su derecho de defensa, por entender el recurrente que se dejó de lado las testimoniales de descargo por el solo hecho de que los testigos eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO. La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que lo mencionado por el procesado –refiriéndose a lo alegado por éste - es desvirtuado con la declaración médica antes citada (médico D.C.) quien ha sostenido no haber auscultado temas de funcionamiento uretral o de disfunción sexual del acusado. Además, el propio acusado reconoció sostener relaciones sexuales con su esposa y que la posición decúbito dorsal la adopta por recomendación médica, que su erección es normal y que no sufre de eyaculación precoz. Tampoco se ha descartado que pueda tener relaciones sexuales de pie y en las circunstancias en que acometía a los agraviados, exigencia física para la que no está discapacitado; máxime cuando incluso alegara que dentro de sus obligaciones docentes estaba la de educación física. Asimismo, el propio encausado ha reconocido no tener necesidad de masturbarse y que sostiene relaciones sexuales normales con su esposa, con erección normal.

B. Que las sindicaciones de los menores agraviados tienen el carácter de uniformes y corroborantes. No se contradicen en la dirección de su

sindicación. En realidad la versión de los menores corrobora la una a la otra y tienen la característica que es reiterativa y persistente a lo largo de todo el proceso, habiendo llegado a identificar hasta quince oportunidades en que los menores han narrado básicamente lo mismo, entre ellas la más importante, la versión directa realizada por ante los jueces del juicio oral. Los menores en todas esas oportunidades y con sus palabras, propias de un menor de cinco años de edad han narrado exactamente lo mismo y han sindicado como autor de tales hechos al mismo personaje.

- C. Que, las evaluaciones psiquiátricas de fojas doscientos noventa y ocho y trescientos ocho que concluyen por cierta inconsistencia en los relatos de los menores no son contundentes respecto a todo el relato, sino a determinadas y escasas circunstancias. Tales dictámenes no dicen que los menores mienten y dada la escasa edad de los agraviados es normal y hasta lógica, pues no se puede esperar que menores de cinco años repitan con las mismas palabras todo el evento sucedido. Por el contrario, del audio del juicio oral y del interrogatorio indirecto hecho al menor de iniciales P.J.Z.A. por parte de la directora de debates del Colegiado se advierte claramente que el menor va narrando el evento sin una secuencia cronológica y con distintas palabras pero finalmente concluye un relato que armado cual rompecabezas dice o cuenta exactamente lo mismo.
- D. Que acerca de la afirmación de la defensa de no haber subido al segundo piso el día de los hechos, se han realizado una serie de actuaciones procesales. Incluso en el acto del juicio se ha realizado visita o inspección en el lugar de los hechos, habiéndose registrado en video dicha diligencia, teniendo hasta dos oportunidades para ver el escenario de los hechos dado el video proporcionado por la parte apelante y si bien la testigo de descargo A.M.A.C niega haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, sin embargo, de los videos aludidos se puede colegir perfectamente que el

lugar o inmueble del centro educativo es sumamente estrecho donde al momento de recreo o salida de las aulas de los menores existe gran congestión de niños correteando por los pasadizos y pequeño patio con piso de tierra, sumado a la presencia de las personas mayores que fungían de docentes y/o auxiliares de aula, por lo que es difícil afirmar que alguien pueda estar atenta a que nadie transite por el pasadizo de la escalera o la escalera misma y que tal hecho pueda ser apreciada por el rabillo del ojo de quien está sentada en la posición de la referida testigo, conforme al video y fotos de la propia parte.

- E. Que en los videos incorporados no se ha podido obviar que la tranca, que significa un obstáculo de madera en la base de la escalera, es perfectamente traspuesto tanto por menores de la edad de los agraviados como por el acusado, quien supuestamente tiene una limitación física. Además destaca que el lugar donde habrían ocurrido exactamente los hechos, que sería al pie de la escalera a la azotea o siguiente piso, queda al interior de la habitación de A.M.A.C y empieza desde casi el nivel del suelo, para terminar a dos metros setenta y siete centímetros, donde perfectamente cabe el acusado y los menores, el mismo que no es tan visible desde la ventana que da al pasadizo externo. Lo expuesto acredita que el lugar del evento si permitía el acceso de los menores y el acusado, que éste cabe perfectamente en el espacio bajo la escalera dentro de dicha habitación y que no había agua en dicho segundo piso lo que justifica la versión de la tina azul narrada por los menores donde habrían sido aseados.
- F. Que, en lo atinente al argumento defensivo del imputado en el sentido que se encuentra imposibilitado de mantener determinadas posturas, especialmente en cuclillas, como debería haber estado para lograr la penetración anal, pues manifiesta haber sido sometido a una operación de columna, es de destacar la declaración plenarial del médico D.C, quien narró concluyentemente que el acusado fuera

operado hace once años de las cinco vértebras lumbares y que fue una operación exitosa y que la única limitación que señalara es una dorsificación del pie izquierdo que en la práctica importa la dificultad (no imposibilidad) de impulsarse hacia delante con los dedos del pie izquierdo. Además, en las diligencias en el lugar de los hechos se aprecia que el acusado se moviliza perfectamente por las escaleras de acceso al segundo piso y traspasa la tranca de madera sin mayor dificultad ligeramente de costado, como lo haría cualquier persona con una valla de setenta y ocho centímetros de alto. El imputado ha reconocido en el propio juicio de apelación que subía agua en la tina azul al segundo piso, para cuestiones de aseo personal y de su esposa, lo que importa peso, fuerza y una posición hacia adelante sostenida durante toda la subida a gradas bastante empinadas como se verificara en el video de la inspección, y por si fuera poco, en la propia audiencia de apelación, atravesaba hasta en dos oportunidades la Sala (de ida y de regreso) frente a los magistrados, para ubicarse en el lugar de su examen, trasvasando el cable del micrófono del sistema de audio, ubicado a considerable altura, sin ningún problema y sin apoyarse en mueble o persona alguna. En tal virtud, no es verdad que no haya podido sostener por breve lapso de tiempo una posición que le permita acceder a rozamientos o intentos de penetración anal en los menores.

- G. Que lo narrado por los menores ha sido corroborado no sólo por las circunstancias de tiempo, lugar, espacio, bienes y personas, sino por las circunstancias ansioso depresivas producto de stress o trauma sexual que presentan, quienes han quedado con secuelas psicológicas y psiquiátricas que les tomará tiempo y dinero superar y que son una prueba más de que los hechos efectivamente ocurrieron.
- H. Que, respecto a las testimoniales de descargo, como lo destacara el Ministerio Público, las mismas no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros

indicios señalados, como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Es más, varias de las declaraciones no sólo se desvanecen en cuanto a su verosimilitud por las relaciones –de los referidos deponentes- con el acusado por ser su alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismo, las testimoniales carece de consistencia.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base de los tres motivos de casación constitucional.

III. Del primer motivo casacional. Presunción de Inocencia.

CUARTO. El recurrente denuncia que la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba. Afirma que el Colegiado interpretó *contrario sensu* la prueba médica que aportó su defensa; que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados; que la evaluación psiquiátrica realizada por los Peritos Psiquiatras S.A.B y M.P.M, en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de la evaluación del menor R.A.S.V., no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por A.M.A.C, empero no precisó si la observación efectuada por la citada testigo se realizó durante el recreo o a la hora de salida de los alumnos a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores en dicho patio; que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron, específicamente lo vertido por el médico D.C en el sentido que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas “*afectación en la función motora*”, es decir, “*movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres*”, secuelas que se le han presentado durante los once años

trascurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación.

QUINTO. Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea *suficiente* –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, *primero*, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, *segundo*, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.

SEXTO. De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las sindicaciones uniformes y persistentes de los menores agraviados; que si bien las evaluaciones psiquiátricas señalan cierta inconsistencia en los relatos de dichos menores, están referidas a determinadas circunstancias absolutamente comprensibles dada la escasa edad de las víctimas; que las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga G.E.G.M en el acto oral –que dan cuenta de la reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que

presentan ambos menores– refuerzan los cargos; que si bien la testigo de descargo A.M.A.C negó haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, tal aseveración quedó desvirtuada con la visualización de los videos filmados con ocasión de la inspección en el lugar de los hechos y el proporcionado por la defensa del acusado; que, finalmente, está descartado que el acusado padeciera de limitaciones físicas que le impidieran cometer los ilícitos que se le atribuyen -no solamente por lo explicado por el médico D.C sino también por lo observado en los videos incorporados en la que se aprecia al acusado movilizándose perfectamente por las escaleras del segundo piso, traspasa una tranca de madera de setenta y ocho centímetros de alto, por lo declarado por el mismo acusado en el sentido que subía agua en una tina azul al segundo piso y por lo observado por los magistrados que intervinieron en la audiencia de apelación-.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria.

El motivo no puede prosperar.

IV. Del segundo motivo casacional. Debido proceso.

SÉPTIMO. Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela jurisdiccional, en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, y por ser una garantía general dota de rango constitucional a todos aquellas garantías específicas no reconocidas expresamente en la Carta Política, pero que están destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo. Por ello se dice que se trata de una cláusula de carácter residual o subsidiaria, en cuya virtud comprende fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos.

No resulta por tanto correcto, incluir en el derecho al debido proceso a las cláusulas de garantía específicas ya contenidas en la Constitución.

En consecuencia, la garantía del debido proceso asegura que un fallo sea justo, acorde tanto a los hechos como al derecho, lo que justifica que una causa sea revisada por una instancia superior.

OCTAVO: De la lectura de lo argüido en este extremo por el encausado en el sentido de que se habría vulnerado la garantía del debido proceso en razón a que la sentencia de vista incurrió en incongruencia fáctica al indicar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, diagnóstico que – según el recurrente- no se evidenciaría en los protocolos de pericia psicológica, es de acotar que dicha alegación cuestiona el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba y su vinculación con los mismos, aspectos que, como se indicó en el fundamento jurídico quinto, están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia, no a la garantía del debido proceso.

Adicionalmente, cabe puntualizar que lo denunciado por el recurrente no se condice con el mérito de lo actuado. En efecto, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista se sustentaron, entre otros elementos de convicción, en el mérito de las pericias psicológicas debidamente explicadas por la Perito Psicóloga G.E.G.M, quien en el acto oral hizo referencia a la *“reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentaban ambos menores agraviados”*.

El motivo debe rechazarse.

V. Del tercer motivo casacional. Derecho de defensa.

NOVENO. El inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución reconoce la garantía de defensa procesal. Es una garantía, desarrollada legalmente en el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, que importa que todo justiciable pueda tomar posición frente a los reproches o cargos formulados en su contra y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a

discusión; es decir, permite instrumentalmente el esclarecimiento de la sospecha mediante un proceso dialéctico, en el que se pone a debate aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como los argumentos y contra argumentos ponderados entre sí.

DÉCIMO. Alega el recurrente que se vulneró su derecho de defensa porque se dejó de lado las declaraciones testimoniales de descargo por el sólo hecho de que los deponentes eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.

UNDÉCIMO. Los cuestionamientos que se esgrimen no se refieren, propiamente, al ámbito de la garantía de defensa procesal, sino al de tutela jurisdiccional, pues una resolución fundada en derecho requiere una apreciación y, luego, una valoración de los actos de prueba determinantes del juicio de culpabilidad, así como una respuesta acabada a los puntos que integran el objeto del debate y un pronunciamiento congruente con las pretensiones de las partes. Por lo demás, analizando el mérito de la denuncia, se tiene que tanto el Tribunal juzgador como el de apelación han cumplido con expresar de manera clara, entendible y suficiente las razones por las que le restan mérito probatorio a las referidas declaraciones testimoniales, especificando en la sentencia de vista que dichas declaraciones no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios – mencionados expresamente en la citada sentencia-, tales como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Asimismo, se indicó que dichas testimoniales no sólo se desvanecían en cuanto a su verosimilitud por las relaciones con el acusado como alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismas, carecían de consistencia.

En consecuencia, se advierte que los citados elementos de prueba fueron debidamente analizados y compulsados de manera conjunta y razonada con el caudal probatorio actuado en juicio oral. En todo caso, corresponde al Juez,

soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda, aspecto que no le está permitido analizar a este Tribunal de Casación.

Los argumentos de defensa del imputado fueron adecuadamente debatidos y analizados. El Tribunal de apelación desarrolló una argumentación racional ajustada al tema en debate y además ha dado cumplida respuesta a cada uno de los agravios manifestados por éste al formular su recurso de apelación. El motivo carece de virtualidad.

DUODÉCIMO. El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal precisa que procede excepcionalmente la casación “...cuando la Sala Penal de la Corte Suprema discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. En virtud de la referida norma procesal, esta Suprema Sala consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: **I.** la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y **II.** el acceso carnal por vía bucal.

DÉCIMOTERCERO. La individualización judicial de la pena o determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas, sobre esa base el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En función a estos dos criterios, trabajará tal como lo explica la doctrina primero en construir *el ámbito abstracto de la pena* –identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; como segundo paso, *pasará a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta* –individualización de la pena concreta-, y finalmente entrará en consideración *la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto.*

En lo referente a la **tentativa**, la norma es clara en señalar que se presenta cuando *“el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”* –artículo dieciséis del Código Penal-. De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea –imposible consumación del delito, ya sea por ineficacia del medio empleado o por la impropiedad del objeto sobre el que recae la acción- no es punible.

En consecuencia, queda claro que si el ilícito de violación sexual de menor de edad no llega a consumarse, pese a haberse iniciado la ejecución del mismo, el Juez al momento de determinar la pena a imponer necesariamente deberá disminuirla prudencialmente.

DÉCIMOCUARTO: Desde una perspectiva global, la tipificación de los delitos contra la Libertad Sexual previstos en el Título IV, Capítulo IX, del Código Penal protegen el libre desarrollo de la sexualidad o la capacidad de una persona de auto determinarse sexualmente. El bien jurídico “Libertad Sexual” debe ser entendido en un sentido dual: como un derecho a la libre autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores e incapaces.

El delito de violación sexual está previsto en el artículo ciento setenta del Código Sustantivo, que sanciona a quien *“con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, (...)”*. De manera similar el artículo ciento setenta y tres del citado cuerpo normativo, reprime a quien *“tiene acceso*

carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogo introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, (...)”.

De la lectura de ambas normas se advierte que el “**acceso carnal por vía bucal**” está contemplado expresamente en nuestra legislación como una conducta castigada, en el primer caso, si se efectúa con violencia o grave amenaza y, en el segundo caso, si se trata de menor de edad, en el que la concurrencia de tales elementos –violencia o grave amenaza- resulta intrascendente.

En consecuencia, el legislador ha equiparado la gravedad de obligar a una relación sexual vía vaginal o anal con la conducta de imponer a una persona -o a un menor de edad- a practicar el sexo oral, puesto que en ambos casos importa una vulneración intensa de su libertad sexual y su facultad de autodeterminarse –o de su indemnidad sexual-, lo que a su vez implica –tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria- que no es necesario el daño físico o la comisión de un delito de lesiones para que exista una conducta subsumible en el artículo ciento setenta o ciento setenta y tres del Código Penal. Como bien señala Caro Coria, “*el ejercicio violento de la libertad sexual no sólo ataca aspectos físicos*” (Caro Coria, Dino Carlos: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual; p. 82) sino que compromete también aspectos valorativos que se vinculan con el ejercicio de derechos constitucionales, los cuales no pueden permitir y tolerar una protección penal sesgada y unilateral.

DÉCIMOQUINTO. Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos

noventa y siete apartado tres, *a contrario sensu*, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por los motivos de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado S.E.V.V contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado S.E.V.V; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. **SS. /S.M.C./ L.C.P/ S.P.T/ T.C.C/ CC /**

ANEXO 5

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO

Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad - Chimbote. 2017

	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN
GENERAL	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad - Chimbote. 2017?	Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00634-2007-95-1618-JR-PE-01 del Distrito Judicial de la Libertad - Chimbote. 2017
	Sub problemas de investigación /problemas específicos	Objetivos específicos
	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>
ESPECÍFICOS	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material?	Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso?	Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta a la integración en base a la analogía, a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a la analogía, a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.

ANEXO 6

INSTRUMENTO DE RECOJO DE DATOS (LISTA DE COTEJO - CASACIÓN)

1. INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

1.1. Exclusión:

1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir la validez formal. *(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica)*

2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. *(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)*

3. Los fundamentos 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 su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)*

3. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. *(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)*

4. Determinar los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida *(La Sala Penal de la Corte Suprema ha ejercido competencia sobre los errores jurídicos que contiene la resolución recurrida acorde al artículo 432 del NCPP) Si cumple/No cumple*

5. 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 qué principio o derecho se vulneró)*

1.2. Colisión:

1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema.

2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. *(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))*

3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio 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)

4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio 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)*

5. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

5.1. Interpretación:

1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. *(Auténtica, doctrinal y judicial)*

2. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. *(Restrictiva, extensiva, declarativa)*

3. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. *(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)*

4. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en el sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. *(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)*

5.2. Integración:

1. Determina 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)*

2. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. *(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)*

3. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. *(Antimonías)*

4. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración.

5.3. Argumentación:

1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. *(Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial)*

2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. *(Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión)*

3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. *(Premisa mayor y premisa menor)*

4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. *(Encascada, en paralelo y dual)*

5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. *(Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria)*

6. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. *(a) Principio de coherencia normativa; b) Principio de congruencia de las sentencias; c) Principio de culpabilidad; d) Principio de defensa; e) Principio de dignidad de la persona humana; f) Principio de eficacia integradora de la Constitución; g) Principio de interdicción de la arbitrariedad; h) Principio de jerarquía de las normas; i) Principio de legalidad en materia sancionatoria; j) Principio de presunción de inocencia; k) Principio de razonabilidad; m) Principio de tipicidad; n) Principio de debido proceso; o) Principio de non bis in idem; p) Principio prohibitivo de la reformatio in peius; q) Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio; r) Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)*

7. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. *(Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios)*