



---

**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES  
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO**

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN  
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA  
SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN EL  
EXPEDIENTE N° 234-2017, DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA  
LIBERTAD – LIMA. 2018**

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

**AUTOR:**

**LUIS ALBERTO CUELLAR VILLARROEL**

**ASESOR:**

**Dr. CHARLIE CARRASCO SALAZAR**

**LIMA - PERÚ**

**2018**

## **HOJA DE FIRMA DEL JURADO Y ASESOR**

*Dr. David Saul Paulett Hauyon*

***Presidente***

*Mgtr. Marcial Aspajo Guerra*

***Secretario***

*Mgtr. Edgar Pimentel Moreno*

***Miembro***

*Dr. Charlie Carrasco Salazar*

***Asesor***

## AGRADECIMIENTO

### **A Dios:**

*Por permitirme estar bien de salud, para lograr culminar la presente investigación.*

### **A mis familiares:**

A don Aquiles Teobaldo Villarroel León, por la protección, afecto y estimación que me brindo desde el primer día de mi vida, por su apoyo permanente e incondicional en el logro de mis objetivos -mientras estuvo con vida-. Que el señor Jesucristo lo tenga en su gloria.

*Luis Alberto Cuellar Villarroel*

## 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 de Justicia, en el expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad - Lima, 2018?; 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 nunca, a veces, siempre se presentó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, aplicándose para ello en forma por remisión, inadecuada, adecuada las técnicas de interpretación. En conclusión, al ser adecuadamente aplicadas permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema de Justicia se encuentre debidamente motivada, es decir, argumentar en dar razones en apoyo de las premisas del razonamiento judicial.

**Palabras clave:** aplicación; derecho fundamental vulnerado; rango y sentencia.

## **ABSTRACT**

The investigation had as problem: How the interpretation techniques are applied in the normative incompatibility, coming from the Sentence of the Supreme Court of Justice, in the file N ° 234-2017, of the Judicial District of La Libertad - Lima, 2018 ?; The general objective was: to determine the interpretation techniques applied in the normative incompatibility. It is quantitative-qualitative (mixed) type; exploratory level - hermeneutic; design dialectical hermeneutic method. The sample unit was a judicial file, selected by convenience sampling; to collect the data, the techniques of observation and content analysis were used; and as a tool a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the normative incompatibility was never, at times, always presented in the judgment of the Supreme Court of Justice, applying for this in a remission, inadequate, adequate interpretation techniques. In conclusion, when properly applied, they allow the judgment under study of the Supreme Court of Justice to be duly motivated, that is, to argue in giving reasons in support of the premises of the judicial reasoning.

Keywords: application; fundamental right violated; rank 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.....	vi
7. Índice de cuadros.....	xii
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>01</b>
<b>II. REVISION DE LA LITERATURA... ..</b>	<b>07</b>
<b>2.1. Antecedentes.....</b>	<b>07</b>
<b>2.2. Bases teóricas.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho.....</b>	<b>12</b>
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho.....	12
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho.....	12
<b>2.2.2. Incompatibilidad normativa.....</b>	<b>13</b>
2.2.2.1. Conceptos.....	13
2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa.....	13
2.2.2.3. La exclusión.....	14
2.2.2.3.1. Criterios de validez de la norma.....	14
2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas.....	15
2.2.2.3.3. Las normas legales.....	18
2.2.2.3.4. Antinomias.....	20
2.2.2.4. La colisión.....	32
2.2.2.4.1. Concepto.....	32
2.2.2.4.2. Control difuso.....	32
2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad.....	33
2.2.2.4.4. Estructura del test de proporcionalidad.....	37
2.2.2.4.5. Pazos del test de proporcionalidad.....	37
<b>2.2.3. Técnicas de interpretación.....</b>	<b>40</b>
2.2.3.1. Concepto.....	40
2.2.3.2. La interpretación jurídica.....	40

2.2.3.2.1. Conceptos .....	40
2.2.3.2.2. Función e importancia de la interpretación jurídica .....	41
2.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos .....	41
2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados .....	42
2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios.....	43
2.2.3.3. La integración jurídica .....	45
2.2.3.3.1. Conceptos .....	45
2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica .....	45
2.2.3.3.3. La analogía como integración de la norma .....	45
2.2.3.3.4. Principios generales .....	58
2.2.3.3.5. Laguna de ley.....	59
2.2.3.3.6. Argumentos de interpretación jurídica .....	60
2.2.3.4. Argumentación jurídica .....	63
2.2.3.4.1. Concepto .....	63
2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación .....	63
2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes.....	64
2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto .....	67
2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos .....	80
2.2.3.4.6. Teoría de la argumentación jurídica.....	87
2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial .....	89
<b>2.2.4. Derecho a la debida motivación .....</b>	<b>91</b>
2.2.4.1. Importancia a la debida motivación .....	91
2.2.4.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces	91
<b>2.2.5. Derechos fundamentales .....</b>	<b>93</b>
2.2.5.1. Conceptos.....	93
2.2.5.2. Razonamiento judicial y derechos fundamentales.....	94
2.2.5.3. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho.....	94
2.2.5.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho .....	95
2.2.5.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial .....	96
2.2.5.5.1. Dificultades epistemológicas .....	97
2.2.5.5.2. Dificultades lógicas .....	99
2.2.5.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio .....	100
<b>2.2.6. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio .....</b>	<b>100</b>
2.2.6.1. Telecomunicaciones.....	100

2.2.6.1.1. Concepto.....	100
2.2.6.1.2. Marco jurídico de los servicios públicos de telecomunicaciones.....	101
2.2.6.1.3. La fuente del marco jurídico.....	102
2.2.6.1.4. El nuevo papel del Estado.....	102
2.2.6.2. Espectro electromagnético.....	103
2.2.6.2.1. Definiciones.....	103
2.2.6.2.2. Utilización.....	103
2.2.6.2.3. Espectro radioeléctrico.....	104
2.2.6.3. El delito.....	105
2.2.6.4. El delito de hurto.....	107
2.2.6.4.1. Ubicación del delito de hurto en la normatividad punible.....	107
2.2.6.4.2. Tipicidad objetiva.....	107
2.2.6.5. El delito de hurto de espectro electromagnético.....	108
<b>2.2.7. El razonamiento judicial .....</b>	<b>109</b>
2.2.7.1. El silogismo .....	109
2.2.7.2. La importancia del razonamiento jurídico .....	109
2.2.7.3. El control de la logicidad .....	110
<b>2.2.8. La sentencia .....</b>	<b>110</b>
2.2.8.1. Etimología .....	110
2.2.8.2. La sentencia penal .....	111
2.2.8.3. Naturaleza jurídica de la sentencia .....	111
2.2.8.4. Motivación de la sentencia .....	111
2.2.8.5. Fines de la motivación .....	112
<b>2.2.9. La sentencia casatoria penal .....</b>	<b>113</b>
2.2.9.1. Conceptos.....	113
2.2.9.2. Fines del recurso de casación penal .....	114
2.2.9.2.1. Fin inmediato.....	115
2.2.9.2.2. Fin mediato.....	115
2.2.9.3. Características de la casación .....	121
2.2.9.4. Causales para la interposición de recurso de casación .....	123
2.2.9.4.1. Infracción de preceptos constitucionales .....	124
2.2.9.4.2. Infracción de normas procesales.....	125
2.2.9.4.3. Infracción a la logicidad de la sentencia .....	125
2.2.9.4.4. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema .....	125

2.2.9.4.5. Causales según caso en estudio .....	126
2.2.9.5. Clases de casación .....	128
2.2.9.5.1. Por su amplitud.....	128
2.2.9.5.2. Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento.....	130
2.2.9.6. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación .....	130
2.2.9.6.1. Requisitos de fondo.....	130
2.2.9.6.2. Requisitos de forma.....	131
2.2.9.7. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación .....	132
2.2.9.8. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano .....	133
<b>2.3. Marco conceptual .....</b>	<b>139</b>
<b>2.4. Sistema de hipótesis .....</b>	<b>142</b>
<b>III. METODOLOGÍA .....</b>	<b>143</b>
3.1. Tipo y nivel de investigación .....	143
3.2. Diseño de investigación .....	144
3.3. Población y muestra .....	144
3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores .....	145
3.5. Técnicas e instrumentos .....	146
3.6. Plan de análisis .....	146
3.7. Matriz de consistencia lógica.....	148
3.8. Principios éticos .....	150
<b>IV. RESULTADOS .....</b>	<b>151</b>
4.1. Resultados .....	151
4.2. Análisis de resultados.....	168
<b>V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>170</b>
5.1. Conclusiones.....	170
5.2. Recomendaciones.....	172
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>173</b>
ANEXOS: .....	182
ANEXO 1 : Cuadro de operacionalización de las variables.....	183
ANEXO 2 : Cuadro descriptivo del procedimiento de recolección, organización, calificación de datos, y determinación de la variable.....	186
ANEXO 3 : Declaración de Compromiso Ético.....	192
ANEXO 4 : Sentencia de la Corte Suprema.....	193
ANEXO 5 : Matriz de consistencia lógica.....	206
ANEXO 6 : Instrumento de recojo de datos (Lista de cotejo). .....	207

## ÍNDICE DE CUADROS

	<b>Pág.</b>
<b>Resultados finales de la sentencia de la Corte Suprema.....</b>	<b>151</b>
Cuadro 1: Con relación a la Incompatibilidad Normativa.....	151
Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación.....	154
<b>Resultados consolidados de la sentencias de la Corte Suprema.....</b>	<b>167</b>
Cuadro 3: Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas de Interpretación.....	167

## I. INTRODUCCIÓN

La formulación del presente proyecto, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 07 (ULADECH, 2016), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razón por la cual, se denomina “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, quedará satisfecho con el análisis de las sentencias provenientes de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional, siendo estas últimas materia de estudio, pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio 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, los cuales se verán reflejados en el contenido del presente proyecto individual.

Por tal motivo, del propio Reglamento de Investigación (RI) se desprenderá el meta análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la línea de investigación, del cual provendrán los resultados que se alcancen con la presente investigación individual.

Razón por la cual siendo la investigación de tipo cuantitativa-cualitativa (mixta), de nivel exploratorio – hermenéutico, para la recolección de los datos se ha seleccionado un expediente judicial de proceso concluido, aplicando el muestreo no probabilístico denominado técnica por conveniencia, lo que conllevará utilizar para ello las técnicas de la observación y el análisis de contenido, aplicándose una lista de cotejo el cual contendrá los parámetros de medición, referentes al tema de investigación, el cual será validado mediante juicio de expertos. Por lo que se evidencia que la presente investigación contará con rigor científico en la propia recolección, identificación y análisis de datos a obtener.

Debido a la transformación de estado legal de derecho en estado constitucional del derecho, se produce 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”.

Por lo que la Constitución no sólo es norma jurídica suprema formal y estática, material y dinámica, sino también es norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho y es norma de unidad a la cual se integran. De allí que exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme a la Constitución).

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, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos de propiedad y del ocupante precario, significa que el Juez Ordinario (poder judicial) deben 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 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; sin embargo en los jueces o tribunales constitucionales no es así, puesto que ellos encuentran la comprensión del texto constitucional, lo cual permite que sean creadores del Derecho, evidenciándose de ésta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los

jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia casatoria es de integrar e interpretar adecuadamente tanto normas constitucionales y normas legales para un caso concreto, a fin de dar cumplimiento a su función primordial.

En base a ello, 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. En atención a lo expuesto, en una sentencia casatoria emitida por la Corte Suprema, en materia penal, implicará la utilización de una interpretación que sea acorde al conocimiento supremo que tiene operadores, utilizando el 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.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante Sentencia Casatoria N° 234-2017-La Libertad, **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por C.A.R.L. por los motivos de vulneración de precepto material y de inobservancia de precepto constitucional en relación a la vulneración de la libertad domiciliaria (artículo 2 numeral 9 de la Constitución) y a la correspondiente ilicitud de la diligencia de allanamiento e incautación. **II. Declararon FUNDADO** el recurso de casación planteado por C.A.R.L. por el motivo de inobservancia de precepto constitucional en relación al debido proceso –artículo 139 numeral 3 de la Constitución y artículo 397 numeral 1 del Código Procesal Penal– (vulneración del principio de congruencia procesal o correlación) y a la relación entre decisión administrativa y sentencia. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis; y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta, de dos de noviembre de dos mil quince, que condenó a C.A.R.L. como autor de delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado – Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como al pago de dos mil soles con cincuenta céntimos por concepto de reparación civil;

con lo demás que contiene. **III. ABSOLVIERON** a C.A.R.L. de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado – Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En tal virtud, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente respecto del citado imputado y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales; sin costas. **IV. DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene la señora jueza suprema Zavina Chávez Mella por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

**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 de Justicia, en el expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad – Lima, 2018?

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

Determinar las técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad – Lima. 2018

**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 proyecto de investigación surge de la problemática en la realidad social peruana, la incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes a la utilización ilegal del espectro electromagnético; en donde se evidencia que las sentencias casatorias que emiten las Cortes Supremas, sentencias que carecen de utilización de las técnicas de interpretación, en las cuales se reflejan la falta de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales. En ese sentido, es importante el estudio correspondiente a las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales.

Motivo por el cual, los más beneficiados con la presente investigación son los justiciables puesto que al concientizar y sensibilizar a los Magistrados respecto a la aplicación correcta de las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales, se tratará de evidenciar una sentencia casatoria motivada, que emita una decisión empleando un razonamiento judicial, argumentación jurídica y una adecuada interpretación de normas, los cuales evidenciarán la satisfacción de los ciudadanos.

Es entonces, que la investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que toda sentencia casatoria deben contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las normas constitucionales y legales.

La investigación contiene un valor metodológico, el que se evidenciará a través del procedimiento de recolección de datos, por medio del expediente judicial, el que goza de confiabilidad y credibilidad, el cual hará posible analizar la calidad de la sentencia emitidas por nuestros Jueces y de ésta forma resolver las interrogantes establecidas en nuestro enunciado.

## II. REVISION DE LITERATURA

### 2.1. Antecedentes

Núñez (2012), en Perú, investigó: “*La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*”, y sus conclusiones fueron: Desde la perspectiva cultural, (i) el razonamiento judicial quedó disminuido: si el juez estaba limitado a ser la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley, entonces en su pensamiento no podían caber principios, ni argumentación jurídica y peor aún control judicial de las leyes. (ii) juez burócrata: el juez, a diferencia de lo que pasaba con Estados Unidos, no era defensor de la libertad ni de los derechos, sino un burócrata más de la Función Ejecutiva; esto explica el poco enfoque que tienen en la justicia de calidad como servicio (como la crítica a la burocracia weberiana). (iii) juez como personaje principal de la cultura jurídica latinoamericana: el Derecho es un lenguaje complicado que no toda la población comprende y que culturalmente ha tendido a los formalismos exagerados, para mantener su distancia de la población; en este aspecto los jueces son la cara inaccesible del derecho y con ello aprovechan para aplicar la debilidad selectiva de la ley (para favorecer a los cercanos al poder. La casación, con este bagaje histórico-cultural, es una institución que disminuye la posición de la Función Judicial como poder del Estado. La primacía de la legalidad somete al juez a la ley, como garantía de que su arbitrio no se convierta en arbitrariedad, porque la ley era la expresión de la libertad soberana del pueblo. Pero Austin, ya nos advirtió que el Parlamento también era capaz de cometer arbitrariedades a través de la ley; pero la casación no atiende a esta advertencia porque su relación es intrínseca con la ley. Así entonces, la casación es una institución de vigilancia en favor de la ley; incluso, como dice Morello, hermanada a ella. Cumple la función de observar que el juez aplique la exacta literalidad de la ley, o que la interprete en función de la voluntad del legislador. Entonces, la casación es una institución que beneficia a la Legislatura, que confirma la supremacía del legislador y el sometimiento del Poder Judicial a él. Con esto se reafirma el postulado de que el Poder Judicial es un poder nulo, incapaz de formar un gobierno bien equilibrado, pues los controles y equilibrios de la división de poderes de Montesquieu no aceptaban el control a la voluntad de la mayoría. Entonces encontramos un Estado sin controles. En donde, al contrario de lo que pensaba Rousseau, el modelo europeo continental de división de poderes no era una garantía de libertad sino un camino a la arbitrariedad; y en él, la casación es un elemento

más que contribuye al desbalance. Desde una perspectiva teórica, la casación es una institución fundamentada en el positivismo teórico. En él se adopta una teoría mecanicista de la interpretación en la que se rechaza toda discrecionalidad del juez; pues considera que el sistema de reglas es tan explícito que no le permite al juez ningún espacio de libertad de decisión. La casación observa en el razonamiento judicial si los silogismos han sido empleados correctamente, bajo una simple lógica monotónica; por este motivo, incluso se propuso que el órgano de casación no debía ser judicial sino que debía ser un anexo de la Legislatura. Entonces para la teoría casacional el ordenamiento jurídico está compuesto solamente de reglas, que los jueces deben seguir estrictamente bajo pura deducción silogística. Sin embargo esto resulta imposible por dos supuestos: (i) que el ordenamiento jurídico está compuesto por principios y reglas; (ii) en la interpretación existe una separación entre disposición y significado; y (iii) las normas pueden ser derrotables. A partir del debate Dworkin - Hart, ha quedado pacífico en los debates jurídicos, que el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios. También ha quedado claro que los principios no operan igual que las reglas. Los principios son mandatos que se cumplirán en mayor o menor medida (en función de circunstancias fácticas y jurídicas); mientras que las reglas son normas que se cumplen todo o nada. En este sentido la casación se concibió bajo la perspectiva de que solo existen reglas en el ordenamiento jurídico, así se encargaba de revisar si las normas debían cumplirse o no. Pero en cambio sobre los principios no puede predeterminar cuáles deben cumplirse sobre otros. Si la casación busca la exacta observancia de la ley, encuentra dificultad en los principios, puesto que en la legislación no se pueden establecer (en abstracto) qué principios deben primar sobre otros. La casación no puede pregonar la exacta observancia de principios ya que la determinación del peso de los principios se determinará en cada caso concreto a la luz del razonamiento práctico de los hechos. La casación clásica buscaba la exacta observancia de la literalidad de la ley, sin embargo debemos apreciar que, de las modernas formas de interpretación, podemos hacer la distinción entre la disposición normativa (texto) y el contenido normativo (significado). La casación no puede dedicarse a controlar el cumplimiento del simple texto, porque de la literalidad no se puede obtener significado alguno sin interpretación. La casación debe entonces renunciar a aquella tesis de la interpretación mecanicista que la fundamentaba, y debe en cambio aceptar que existirán sentidos interpretativos coherentes con el conjunto de valores del ordenamiento jurídico. Será entonces el deber de la casación, no solo revisar el cumplimiento de la literalidad de la ley, sino de verificar la legitimidad de los sentidos interpretativos, materialmente

adecuados con los principios constitucionales. Debemos tomar en cuenta que las normas tienen una estructura condicional que las hace normas *prima facie*. Esto se debe a la imposibilidad de determinar anticipadamente todas las condiciones necesarias para su aplicación quedando siempre la cláusula abierta de “a menos que...”, la misma que excepcionaría su aplicación. Ello hace entonces imposible que las normas funcionen bajo una lógica monotónica. Ahora bien, la casación tenía la función de vigilar la exacta observancia de la ley. Pero si tomamos en serio la posibilidad de que las normas sean derrotables, entonces la Corte de Casación no podría obligar a que siempre se cumplan las leyes; pues puede haber casos en los que haya operado la condición excepcional y que no haya debido aplicarse la norma. Entonces la casación no puede limitarse a la revisión formal de la simple lógica de ductiva para juzgar la correcta aplicación de las normas; pues deberá tomar en cuenta, también, la existencia de la derrotabilidad de las normas. A esto se le deberá sumar que los principios formales (como la seguridad jurídica) también pueden ser derrotables ante el grave perjuicio de principios materiales. Ahora, desde una perspectiva empírica tenemos que hablar necesariamente sobre la acumulación de carga procesal. De los últimos datos disponibles en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se desprende que al año 2009 existía una cantidad de casos pendientes por resolver de 8,777 (4,395 de ellos correspondían a casos acumulados y 4,382 a casos ingresados) de los cuales la Corte había resuelto 3,226. Es decir que tenía una acumulación de 5,551 casos. A esto se debe considerar que tras la Asamblea Constituyente 2007 se decidió reducir el número de jueces de treinta y uno a veintiuno. Esto supone que la cantidad acumulada se repartirá entre menos jueces. Pero esta realidad no parece ser única en el Ecuador, más bien parece ser un defecto de la institución. En Francia en el año 2006 se resolvieron alrededor de 32,000 casos, y para este trabajo existen más de 200 magistrados en la Corte de Casación. En Italia la situación es similar, la Corte resuelve casi 50,000 casos y tiene cerca de 500 magistrados. Esto se debe sin duda a que la casación ha sido concebida como una cuasi tercera instancia. Taruffo encuentra que la Corte de Casación tiene una crisis de identidad, en la que no sabe si es una tercera instancia o una verdadera Corte Suprema. Pero como se ha configurado en Francia, Italia y los países de Latinoamérica más se acerca a una tercera instancia puesto que: es el tercer nivel de impugnación porque su fin es controlar la legitimidad (exacta observancia de la ley) de cada caso concreto que viole la ley procesal o sustancial, por lo que debe eliminar los errores ya cometidos por los jueces anteriores; y, predomina la intención de reparar el interés de cada caso en concreto (*ius litigatoris*) más que el interés de proyectar la interpretación de las normas. En la práctica

se ha dejado de lado la función unificadora de la jurisprudencia (que es en cambio la principal función del modelo de Corte Suprema). Si se considera que cada caso puede ser controlado por su legitimidad (control de exacta observancia de la ley) entonces tendremos que existe una enorme cantidad de decisiones casatorias, difícilmente coherentes para establecer criterios uniformizadores. Aunque en la práctica la casación actúe como una cuasi tercera instancia, tiene una limitación, pues no puede revisar hechos. Es una gran contradicción porque puede controlar el cumplimiento de la ley de cada caso concreto, pero no puede buscar la justicia de él. Esto se debe al límite que la casación le pone a la Corte para revisar hechos. Pese a ello existe una circunstancia en la que si actúa como juez de hecho y es cuando el control de legitimidad se hace sobre la motivación de jueces inferiores. Entonces la casación es una tercera instancia incompleta, puesto que no puede hacer justicia en el caso concreto. Por lo tanto nos encontramos ante una institución que no cumple ninguno de sus fines adecuadamente. Revisa la exacta observancia de la ley de cada caso, pero no puede hacer justicia. Busca uniformizar la jurisprudencia pero le es imposible por la inmensa cantidad de sentencias (algunas incluso contradictorias). ¿Qué debe hacer entonces la casación? Me parecería adecuado que decida escoger una de las dos funciones que se le ha asignado, pero que la realice adecuadamente. Sin embargo analicemos las posibilidades. La primera probabilidad es que la Corte, que ya funciona como una casi tercera instancia, además pueda revisar los hechos y haga justicia en el caso concreto. Es decir que vuelva a ser una auténtica tercera instancia. Pero ya se había argumentado cuando se eliminó la tercera instancia, y se adoptó la casación, que ésta era un alargamiento innecesario del proceso, que ya había habido dos pronunciamientos previos. Además la gran carga procesal que existía en la Corte Suprema le hacía imposible resolver inmediatamente. Todos los casos subían a la Corte Suprema pero en ella había un número reducido de jueces. A esto se debe sumar la centralización de la Corte en la capital del país, lo cual merma el acceso al recurso de los litigantes no residentes en la capital. Esto nos quiere decir dos cosas: (i) sería inaceptable retomar la tercera instancia por la extrema dilación de los procesos; y (ii) una Corte Suprema centralizada no tiene la capacidad para revisar la justicia de cada caso concreto por límites en recursos humanos y porque no facilita el acceso. La segunda posibilidad es que la Corte de Casación sea eminentemente una Corte Suprema, en la que su vocación sea uniformizar la jurisprudencia. Esta función la realizaría a través de los precedentes, en cuyo caso, los criterios señalados por la Corte deberán ser seguidos por los jueces sucesivos en casos similares. El número de precedentes dictados debe ser restrictivo para que los criterios

puedan ser coherentes y fácilmente inteligibles. Entonces tendríamos que eliminar la idea de que la casación tiene el deber de controlar la legitimidad de cada caso concreto y quedarnos con la proposición de que la Corte dictará una sentencia únicamente cuando, a partir de un caso concreto, tenga la capacidad de “*crear Derecho objetivo pro futuro*”, o en los términos de Taruffo, deba elegir “*la interpretación más justa de la norma*”. Para ello también debemos observar los parámetros del Estado Constitucional. Luego de todo lo dicho, la configuración del nuevo Estado Constitucional ecuatoriano nos dará una pauta de cuál será la ubicación de la casación. Para lo cual cito las palabras de la Corte Constitucional del Ecuador: Si tomamos en serio estas palabras, debemos asumir que el Ecuador apuesta por una justicia más material, sin que las formalidades puedan sacrificarla. La casación es una institución eminente formal, por lo que debe reconfigurarse en el marco del Estado Constitucional. Así podemos decir que esta institución debe cumplir una función de protección de derechos fundamentales, sin embargo su esencia no le permite hacerlo, por lo que mi propuesta es la eliminación de la casación. Se debe eliminar la casación porque es una institución que somete al Poder Judicial bajo el poder de la Legislatura, porque no es capaz de asumir un razonamiento no monotónico y porque es una tercera instancia que no cumple con el fin de justicia. En cambio propongo dos cosas. La primera es que debe haber salas o instancias judiciales, descentralizados en todo el territorio del país (que cumplan con un verdadero acceso a la justicia), para que resuelvan las acciones extraordinarias de protección (amparo contra decisiones judiciales) y así reparar la violación de derechos constitucionales cometidos en la actuación judicial. Lo segundo es que la Corte Nacional se conforme como una auténtica Corte de Precedentes, con el único fin de uniformizar la jurisprudencia. Para ello deberá tener una amplia discrecionalidad para escoger casos para su resolución. Un tamiz que se podría realizar a través del *writ of certiorari*. Este instrumento les permitiría no motivar si deciden no conocer el caso y solo lo aceptarían casos si: quieren solucionar una cuestión novedosa de derecho, resolver conflictos de opiniones jurídicas en judicaturas inferiores y cuando crean que es necesario cambiar de posición sobre un criterio jurídico (*overruling*). Esta es una propuesta que podría tener un mayor desarrollo, sin embargo en esta investigación el diagnóstico está hecho. La casación es una institución arcaica que no es congruente con el propósito de efectividad de derechos fundamentales del Estado Constitucional.

## **2.2. Marco teórico**

### **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**

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)

Frioravanti (citado por Gascón & García, 2003) sostiene:

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo americano, que a diferencia del europeo, que no superó el “imperio de la ley” y donde, por tanto, las Constituciones fueron simples cartas políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución. (p. 22)

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)

El autor (Castillo, 2004) (Guastini, 2010), indica que la incompatibilidad normativa es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias. En presencia de un conflicto normativo, la misma litis puede ser decidida de dos modos diferentes, en violación del principio de certeza del derecho, que exige la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Igualmente, dos conflictos similares pueden ser decididos de dos modos diversos, en violación del principio de igualdad, el cual exige que dos casos iguales sean tratados de la misma manera. (pp. 631-632)

### **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.

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

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

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

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

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

modificada; la vigencia ocurre entre el momento de entrada en vigor y el momento de terminación de la existencia de la disposición jurídica. (p. 7)

### **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.

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

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

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

## C. Normas de derecho objetivo

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

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

La Corte Suprema, en las Casaciones N° 1633-96 de 25 de abril de 1998, N° 3232-98 de 13 de enero de 1999 y 92-99 de 27 de enero del mismo año, ha señalado: “Las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que las primeras se llaman normas materiales o sustantivas y las segundas, procesales, formales o adjetivas y que su naturaleza se aprecia independientemente de Cuerpo Legal en que se encuentre. Esto se determina por el análisis de la propia norma”.

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

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

## **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.

Pero además tal como señala Chiassoni (2010) expresa:

Se trata además de un concepto estático: una antinomia es caracterizada en efecto sin hacer referencia alguna a las modalidades de su verificación y de su resolución. En la reflexión contemporánea sobre las antinomias, se suele distinguir diversos tipos de incompatibilidad normativa. Entre estos, a partir de una afortunada taxonomía delineada por Karl Engisch, no es la incompatibilidad “lógica” (que daría lugar a las “antinomias en sentido propio” o “propriamente dichas”, por un lado, a la cual se contraponen la incompatibilidad “teleológica”, “axiológica”, y de “principio” (que daría lugar, en cambio a las “antinomias impropias”) por el otro.

Asimismo se suele distinguir además las incompatibilidades entre “simples normas”, o “reglas” (de detalle), o “precisas disposiciones”, las incompatibilidades entre reglas y “principios” y, finalmente, las incompatibilidades (a veces también denominadas “colisiones” entre principios. (pp. 272-273)

## **D. Las antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas**

Según Chiassoni (2010), se clasifican:

1. Normas contradictorias, normas contrarias: definiciones preliminares.- Sí, para los fines de una teoría analítica de las antinomias, se asume que las normas jurídicas (generales) sean (oportunamente formulables o reformulables) como enunciados

sin-tácticamente condicionales y se considera además, que entre las formas más importantes de incompatibilidad normativa nos sea ante todo la incompatibilidad (que se suele llamarse) “lógica”, el primer concepto de antinomia puede ser precisado del siguiente modo: *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.

Sin embargo se puede llegar a comprender que entre las normas puedan también darse, y se dan, relaciones de incompatibilidad, u oposición, lógica por contrariedad; lo que conlleva a conceptualizar a *la Antinomia* como una situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (o clases de supuesto de hecho concreto) consecuencias jurídicas contradictorias o contrarias.

2. Del sentido común de los juristas al pragmatismo de los filósofos.- Las nociones de contradictoriedad y de contrariedad lógica habían sido acuñadas para dar cuenta entre proposiciones (declarativas) y habían sido definidas, en consecuencia, recurriendo a los predicados “verdadero” y “falso”: dos proposiciones son “contrarias”, cuando no pueden ser ambas verdaderas, sino pueden ser ambas falsas; dos proposiciones son en cambio “contradictorias”, cuando no pueden ser ni ambas verdaderas, ni ambas falsas, así que necesariamente una de las dos es verdadera, y la otra es falsa.

Sin embargo las normas jurídicas, a diferencia de las proposiciones, no son ni verdaderas, ni falsas. Son según la perspectiva de cada caso adoptada: válidas o inválidas (en algún sentido de “validez” que debe ser cuidadosamente definido), aplicables o inaplicables (al menos prima facies), justas o injustas (respecto a los comunes destinatarios y/o a los órganos de la aplicación), violables o inviolables, susceptibles de observancia o insusceptibles de observancia, utilizables (para algún fin) o inutilizables, etc.

En el ensayo *sui criteri per risolvere le antinomie*, Norberto Bobbio caracteriza la antinomia por contrariedad como la situación de incompatibilidad entre dos normas, por la que: las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso (concreto), y se trata de establecer cuál de las dos debe ser aplicada, en preferencia de la otra.

Por lo que se puede llegar a hacer referencia a lo sostenido por Bobbio (citado por Chiassoni, 2010) que caracteriza a la *antinomia por contrariedad* como una situación de incompatibilidad entre dos normas por la cual: las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso concreto y se trata de establecer si aplicar la una, o sea la otra, o bien ninguna de las dos, aplicando en cambio una tercera norma.

Asimismo *las antinomias* como situaciones problemáticas sobre el plano de la praxis, presentan, sin embargo, un defecto: hablando de “observancia”, “aplicación”, “violación”, o “imposibilidad de aplicación” de normas, ellas no distinguen cuidadosamente la posición del común súbdito del derecho de la posición del juez.

- a) El común súbdito del derecho frente a dos normas contradictorias.- Las consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas primarias reconocen a un mismo supuesto de hechos abstracto son contradictorios (o sea: dos normas son contradictorias) si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cual ellos pueden (deónticamente) y/o deban tener (situación de duda práctica); queda sin embargo abierto un curso de acción que no comporta por su parte violación alguna de normas, si las normas antinómicas son normas de conducta; ni eventuales consecuencias desfavorables, si las normas antinómicas son normas atribuidas de status o, en general, normas constitutivas (duda práctica relativa).
- b) El común súbdito del derecho frente a dos normas contrarias.- Las consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas reconocen en un mismo supuesto de hecho abstracto son contrarias (o sea, dos normas son contrarias), si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cuál conducta ellos pueden (deónticamente) y/o deben tener (situación de duda práctica); tales situaciones los ponen frente a un verdadero y propio dilema: hagan cualquier cosa, ellos violarán una u otra de las normas de conducta, exponiéndose a eventuales consecuencias desfavorables (duda práctica absoluta).
- c) El juez frente a las antinomias.- La antinomia *por contradictoriedad* entre normas primarias puede poner al juez en una situación dudosa si, nos muestra una laguna a nivel de las meta-normas sobre resoluciones de los conflictos. Este problema no surge si se considera que, en situaciones, semejantes el juez tuviese el poder de decidir discrecionalmente cuál de las normas aplicar. Las mismas consideraciones valen, aparentemente, también para las antinomias *por contrariedad entre normas primarias*, en presencia de las cuales, siempre según la propuesta definitoria de Bobbio, el juez: no puede (deónticamente) aplicar ambas; sino debe aplicar, en el segundo de los casos, una bien la otra, o bien ninguna de las dos, aplicando en cambio una tercera norma.

Lo que debe excluirse, en ambos casos, es que el juicio se venga a encontrar en la imposibilidad de aplicar dos normas que debería aplicar; o sea en la situación, descrita por Kelsen, de no poder aplicar la una, sin al mismo tiempo violar necesariamente o eventualmente la otra.

La segunda de las situaciones esbozadas primero: la situación del juez en presencia de una antinomia entre normas secundarias. En tal situación, el juez es, por hipótesis, destinatario al mismo tiempo de dos normas secundarias incompatibles.

Aparentemente, en las siguientes condiciones: que forme parte del ordenamiento: a) una norma que prohíba a los jueces de resolver las antinomias entre las normas secundarias del que sean destinatarios, y b) una norma que excluya el recurso a superiores instancias, para obtener de ellas la resolución de las antinomias, y además, finalmente, c) una norma que imponga juzgar sobre la base de una sola de las dos normas antinómicas, estatuyendo al mismo tiempo su responsabilidad (civil, penal y/o disciplinaria) por haber

violado, o también simplemente desatendido, la otra. En estas condiciones, los jueces vendrían efectivamente a encontrarse en una situación como aquella de los comunes súbditos del derecho, e incluso peor en la situación de agentes expuestos a fuerzas que converjan sobre aquellos por direcciones opuestas.

3. Antinomias absolutas, relativas, unilaterales, bilaterales, por exclusividad, en abstracto, en concreto.- En la metodología jurídica contemporánea, recurren con frecuencia algunas taxonomías de las antinomias (como incompatibilidades lógicas entre normas) que se considera sean dotadas de un relevante valor explicativo y analítico.

a) Variaciones en Ross:

- i. Antinomias absolutas (totales-totales).- Dos normas son incompatibles en modo absoluto, cuando reconocen al mismo supuesto de hecho abstracto consecuencias jurídicas incompatibles, de modo que los respectivos ámbitos de aplicación coinciden perfectamente, sin reservas, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se superponen perfectamente.
- ii. Antinomias relativas unilaterales (parciales unilaterales, totales-parciales).- Dos normas son incompatibles de modo relativo y unilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hecho abstractos diversos, pero correlativos por un punto de vista conceptual, de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta enteramente incluido en aquella de la otra norma, cuya imagen proyectada es la de dos círculos, uno de los cuales resulta enteramente inscrito en el otro.

Cuando eso sucede, se sostiene que entre los dos supuestos de hecho abstractos subsiste una relación de especie género, o sea de especie a especie: de modo que una de las dos normas es “especial” (o “particular”), respecto a la otra que es en cambio, respecto a la primera, (más) “general”.

- iii. Antinomias relativas bilaterales (parciales bilaterales, parciales-parciales) implícitas.- Dos normas son implícitamente incompatibles de modo relativo y bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hechos abstractos diversos, caracterizadas por propiedades conceptuales discordantes pero no recíprocamente exclusivas de modo que, el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluida en aquella de la otra norma, y viceversa, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se intersectan.

En particulares circunstancias, teniendo en consideración a las propiedades definitorias de los respectivos supuestos de hecho abstractos y su respectiva extensión, se puede sostener que una de las normas sea una “norma (de derecho) común”, aquella con la extensión mayor o estadísticamente más significativa) y la otra sea en cambio, respecto a la primera, una “norma excepcional”.

- iv. Antinomias relativas bilaterales (parciales bilaterales, parciales-parciales) explícitas.- Dos normas son explícitamente incompatibles de modo relativo y bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles a dos supuestos de hecho abstractos diversos, caracterizadas por conjuntos de propiedades no recíprocamente exclusivas, en las cuales figuran al menos una propiedad común de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluido en la otra norma, y viceversa (imagen de los dos círculos que se intersectan).
  - v. Antinomias por exclusividad bilateral.- Dos normas son incompatibles por exclusividad bilateral, cuando reconocen la misma consecuencia jurídica, ambas a título exclusivo, en supuestos de hecho diversos (no importa, si conceptualmente correlativos o discordantes). Cada norma, pone una distinta condición necesaria y suficiente de una cierta consecuencia jurídica.
  - vi. Antinomias por exclusividad unilateral.- Dos normas son incompatibles por exclusividad unilateral, cuando reconocen la misma consecuencia jurídica en supuestos de hecho diversos (no importa, si conceptualmente correlativos o discordantes), pero una de ellas a título exclusivo. Una de las dos normas pone una condición necesaria y suficiente de una cierta consecuencia jurídica; con tal que la otra norma ponga, en cambio, una condición suficiente, pero no necesaria, de la misma consecuencia.
- b) Antinomias en abstracto, antinomias en concreto.- Las antinomias absolutas, relativas unilaterales, relativas bilaterales explícitas, por exclusividad bilaterales y por exclusividad unilaterales son *antinomias directas, o en abstracto*, por lo que el conflicto entre las dos normas consideradas de vez en cuando depende, directamente, de su contenido: en particular, del modo en el que son caracterizados los supuestos de hechos abstractos y/o del tipo de conexión lógico-sintáctica que transcurre entre los supuestos de hechos abstractos y las respectivas consecuencias jurídicas.

*Son antinomias indirectas en concreto*, o eventualmente las antinomias parciales bilaterales implícitas. En este caso, dadas dos normas que reconocen consecuencias incompatibles en supuestos de hecho abstractos diversos, individuales de propiedades conceptualmente discordantes, pero no recíprocamente exclusivas, se puede abstractamente individualizar la clase de los casos en el que las dos normas confluyen, utilizando la técnica del combinado dispuesto: o bien sea, deduciendo de las dos normas una tercera norma, compleja, que resulta de la conjunción, respectivamente, de los supuestos de hechos condicionantes y de las consecuencias jurídicas de las dos normas (simples) de partida.(pp. 274-290)

## **E. Las antinomias como incompatibilidades no lógicas**

Sostiene (Chiassoni, 2010) que las situaciones que forman parte de las antinomias impropias son situaciones que merecen atención en sede de análisis de los razonamientos

judiciales: en sí y por sus conexiones con las antinomias lógicas. Por ello produciendo algunas modificaciones a la taxonomía de Engisch, es posible distinguir, acerca de la incompatibilidad lógica (y de las antinomias lógicas), no menos de otras cuatro formas de incompatibilidad normativa:

- a) **Antinomias pragmáticas.**- Entre dos normas subsiste una incompatibilidad pragmática o sea una relación de incongruencia instrumental absoluta cada vez que una de las dos normas prescriba comportamientos, o se constituyan estados de cosas, cuya existencia sea (configurable como) una condición optativa respecto a la realización del fin prescrito por la otra norma.
  
- b) **Antinomias instrumentales.**- Subsisten cada vez que una norma (instrumental) prescriba o constituya condiciones no ya impedidas, insuficientes respecto al objetivo prescrito por una norma final. Eso equivale a sostener que la norma instrumental se funda sobre un juicio empírico (anancástico o probabilístico) de adecuación instrumental que es falso, o de todos modos infundado.
  
- c) **Antinomias axiológicas.**- Subsiste una incompatibilidad axiológica entre dos normas, cuando ellas reflejan las valoraciones que son comparativamente incongruentes respecto a una escala de valores comunes. Eso ocurre, cuando las consecuencias jurídicas que las dos normas adscriben a los respectivos supuestos de hecho abstractos no sean (afirmadamente) congruentes respecto al valor, o disvalor, relativo de los dos supuestos de hecho, que puede ser estimado en base a la (presunta) escala de valores comunes.

La configuración de antinomias axiológicas es una operación que exige “verificaciones” (de la escala de valores comunes; del valor/ disvalor relativo de los singulares supuestos de hecho; del valor/disvalor relativo de las consecuencias jurídicas) que pueden ser altamente opinables y tales de consentir fatalmente a los operadores de proyectar las propias escalas de valores (los propios principios de política del derecho) sobre los materiales jurídicos utilizados.

- d) **Antinomias teleológicas.**- Subsiste una incompatibilidad teleológica entre dos normas, si: cada una de las dos normas es una norma final, que prescribe realizar un

determinado objetivo (en una medida dada, y/o razonable, y/o razonablemente apreciable); y no es posible realizar conjuntamente los dos objetivos en la medida (considerada) apropiada, porque la consecución del objetivo puesto por una de las dos normas obstaculiza la consecución del objetivo puesto por la otra.

- i. **Una antinomia teleológica es absoluta**, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas es en cada caso impedido de la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa.
- ii. **Una antinomia teleológica es parcial unilateral**, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas es en cada caso impedido por la consecución del fin prescrito por la otra norma, pero no viceversa. Nos son en efecto, por hipótesis, de los modos de perseguir este último fin que no interfieren negativamente con la consecución del otro fin.
- iii. **Una antinomia teleológica es parcial bilateral**, cuando la consecución del fin prescrito por una de las normas está solo en algunos casos impedida la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa. (pp. 290-297)

#### **F. Verificación de los conflictos normativos (antinomias e interpretaciones)**

No son buenas razones para sostener que, ciertas condiciones, las antinomias sean variables dependientes de la interpretación, tal como lo señala (Chiassoni, 2010) dependería en efecto de la interpretación su verificación, y/o su eliminación (cuanto menos en vía preventiva), y/o su creación. Por lo que la tesis según la cual las antinomias son variables dependientes de la interpretación puede estar de acuerdo en (al menos) dos modos diversos: a) como una tesis de teoría de las normas jurídicas; b) como una tesis de teoría de la interpretación (la cual presupone la adhesión a la tesis precedente de la teoría de las normas.

*Las normas son variables dependientes de la interpretación (en tanto tesis de la teoría de las normas).- Las normas jurídicas son esencialmente de dos tipos: normas explícitas y normas implícitas. Son explícitas las normas que son (configuradas o configurables como)*

el significado (o mejor: uno de los posibles significados) de una disposición (comprendiendo por “disposición”, cualquier enunciado del discurso de fuentes).

Son en cambio *implícitas las normas* que: no son (configuradas o configurables como) el significado (o uno de los posibles significados) de una disposición; son en cambio individualizadas sobre la base de una o más normas dadas. En relación a lo manifestado, refiere (Chiassoni, 2010) lo siguiente:

Antinomias entre normas explícitas.- Por definición, cada una de la dos normas incompatibles es (configurada o configurable) como el significado (o uno de los posibles significados) de una disposición. Si se conviene en llamar “interpretación textual” a la actividad que consiste en determinar el significado (presentado o presentable como jurídicamente correcto) de una disposición, entonces se puede afirmar en un primer sentido, débil si se quiere que las antinomias explícitas sean, indirectamente, de las variables dependientes de la interpretación (textual): tales incompatibilidades transcurren en efecto entre normas que, por hipótesis, no pueden ser identificadas sin tener previamente desarrollado una actividad de tal tipo.

Antinomias entre normas implícitas.- Sean indirectamente, de las variables dependientes de la interpretación (metatextuales) tales incompatibilidades transcurren en efecto entre normas que, por hipótesis, no pueden ser identificadas sin haber previamente desarrollado una actividad de tal tipo.

*Las antinomias son variables dependientes de la interpretación (en tanto tesis de teoría de la interpretación.*- La interpretación juega un rol relevante, en el segundo de los casos, en el verificar, y/o en el crear, y/o en el prevenir (eliminar preventivamente) antinomias.

Primera interpretación de las disposiciones: compatibilidad absoluta, incompatibilidad relativa, incompatibilidad absoluta.- En la fase de primera interpretación, el intérprete atribuye a cada una de las dos disposiciones previamente individualizadas en cuanto prima facie relevantes para la solución de una quaestio iuris, abstracta o concreta un primer significado, sobre la base de las directivas primarias del código interpretativo que considera necesario u oportuno utilizar.

Los resultados de la fase de primera interpretación, desde el punto de vista de una fenomenología de las antinomias, pueden ser esquemáticamente, los siguientes: *Compatibilidad absoluta*: Todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son compatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición; *Incompatibilidad absoluta*: todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición; *Incompatibilidad relativa*: algunos de los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con algunos de los significados adscribibles a la otra disposición.

Re – interpretación de las disposiciones.- Dado los posibles resultados de la fase de primera interpretación, en la fase de re-interpretación, o interpretación considerada en su totalidad, de las dos disposiciones, el intérprete, en la segunda de las circunstancias y según lo que considera necesario u oportuno hacer, alternativamente:

- i. Creación de una Antinomia.- Se puede hablar de creación de una antinomia en dos situaciones: cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad relativa entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones; y cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de compatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones.

La creación en sentido fuerte de una antinomia implica que el intérprete modifique el propio código interpretativo, utilizando directivas primarias diversas de aquellas usadas en la fase de primera interpretación; o bien que, teniendo firme el código interpretativo originario, emplea las mismas directivas teniendo en cuenta, sin embargo, los diferentes datos.

- ii. Prevención de una Antinomia.- Se puede hablar de prevención de una antinomia, igualmente, en dos situaciones: cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad relativa entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones; o cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones.
- iii. Verificación ponderada de una antinomia.- Se puede hablar de verificación ponderada de una antinomia, cuando: el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por ellas; o cuando la intérprete considera que no subsistan las condiciones para proceder a la prevención (en sentido fuerte) de la antinomia, ya sea modificando el código interpretativo originario, ya sea teniendo en cuenta datos diferentes en el empleo de las mismas directivas primarias.(pp. 299-307)

## **G. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias**

Los criterios de resolución de las antinomias pueden ser comprendidas como cualquier particular conjunto de metanormas, cuya función consiste en establecer: cual, entre las dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre la otra y; en qué modo debe prevalecer, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, es decir sectores o bajo sectores de un ordenamiento jurídico.

Según la propiedad que considera relevante a fin de establecer la prevalencia de una norma sobre la otra los criterios de resolución de las antinomias pueden ser repartidos en dos clases.

De una parte son *los criterios no-contenidos o formales* (la prevalencia de una norma sobre la otra se hace depender de propiedades de las normas concluyentes diversas de su contenido, siendo los criterios jerárquico, competencia y cronológico); en tanto que *los criterios contenidos o sustanciales* (la prevalencia de una norma sobre la otra se hace depender, de propiedades referentes a su contenido, siendo los criterios de especialidad, excepcionalidad y axiológico. Estos últimos criterios sustanciales son solamente considerados como metanormas de segundo nivel, que establecen cuál de las dos normas incompatibles de primer nivel debe prevalecer.

#### **A. Criterios de resoluciones formales:**

Según (Chiassoni, 2010) dichos criterios formales establecen la prevalencia, entre dos normas incompatibles, de la norma que posea una clara propiedad, que no refiere en verdad prescinde totalmente de su contenido:

*El criterio jerárquico.*- o criterio de la fuente solamente expresado con el vocablo: *Lex superior derogat legi inferiori* la verdadera fuerza por la cual una norma prevalece sobre otra norma, incompatible con ella, consiste en la pertenencia a una determinada fuente que, en la jerarquía axiológica de las fuentes, se sitúa sobre un nivel superior. El sometimiento, en el caso en revisión, se comprende que implica la invalidación de la norma inferior.

La expresión “*lex superior*” (norma superior significa aquí norma que vale más que otra en virtud de la (su pertenencia a una clara) forma iuris (que vale más) y, paralelamente, “*lex inferior*” norma inferior, que vale menos que otra en virtud de la (su pertenencia a una clara) forma iuris (que vale menos).

*El criterio de competencia.*- Dadas dos normas incompatibles, la norma que pertenece a la fuente competente a disciplinar una materia prevalece sobre la norma que pertenece a la fuente incompetente. La determinación de los efectos del sometimiento estatuida en aplicación del criterio de competencia es un hecho del todo contingente, que depende de la estructura de los ordenamientos y de las construcciones dogmáticas de los juristas y de los jueces.

*El criterio cronológico.*- tradicionalmente expreso con el vocablo: *lex posterior derogat legi priori* la propiedad a fuerza de la cual una norma prevalece sobre la norma, con ella incompatible, consiste en el hecho que la primera hubiese sido producida en un momento sucesivo.

Asimismo cabe señalar que se comprende que el efecto de la aplicación del criterio cronológico consiste en la abrogación de la norma sometida (abrogación tácita por

incompatibilidad). Sin embargo permanece el problema, además, si la abrogación colisiona la norma antecedente (explícita o implícita) o sea, en el caso de una norma antecedente explícita, la disposición por la que tal norma puede ser obtenida. La elección entre las dos opciones depende, además, por consideraciones dogmáticas atinentes al “peso” comparativo del dogma de la coherencia, del “argumento de la coherencia” y del principio de conservación de los documentos normativos.

Finalmente el criterio cronológico se aplica para resolver las antinomias entre normas contemporáneas, pertenecientes a la misma fuente o bien a fuentes diversas, pero equiordenantes.

## **B. Criterios de resoluciones sustanciales.-**

La propiedad considerada determinante para establecer la prevalencia de una norma sobre la otra refiere al contenido de las dos normas: su respectivo valor, en la perspectiva del ordenamiento, depende precisamente por eso.

- i. El criterio de especialidad.- El criterio de especialidad tradicionalmente expresado con el vocablo: *lex specialis derogat legi generali* establece que, dada una incompatibilidad normativa, la norma que disciplina la especie prevalece sobre la norma que disciplina el género en la cual aquella especie está incluida. Sirve típicamente para resolver las antinomias relativas unilaterales (las antinomias totales-parciales de Ross) y comporta la abrogación parcial (o derogación) de la norma general.

La aplicación del criterio de especialidad es pacífica en cuanto concierne a las antinomias entre normas que sean contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente. Fuera de estos casos, la aplicación del criterio de especialidad interfiere fatalmente con aquella del criterio cronológico (normas especiales anteriores y congéneres), del criterio jerárquico (normas especiales inferiores), y del criterio de competencia (normas especiales pertenecientes a una fuente incompetente).

- ii. El criterio de excepcionalidad.- Es a menudo confundido con el criterio de especialidad, y por eso, a veces se le hace referencia usando el mismo vocablo: *Lex specialis derogat legi generali*.

Encuentra aplicación en presencia de antinomias distintas de aquellas a las cuales se aplica el criterio de especialidad, así como también puede servir para resolver antinomias parciales bilaterales (antinomias parciales-parciales de Rosss de los dos tipos primero consideradas), y además las antinomias por exclusividad unilateral.

Al parecer sirve pacíficamente para resolver antinomias entre normas que sean: contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente o sea a fuentes equiordenantes, y tiene por efecto la parcial abrogación (derogación) de la norma común.

- iii. El criterio axiológico.- Es un criterio residual, que encuentra aplicación en el caso de que no sea posible aplicar los otros criterios considerados. Se piensa en un conflicto entre dos normas que sean, por un tiempo: congéneres o, pares ordenados y equicompetentes, contemporáneas, no en relación de especie a género, ni finalmente, en relación de excepción a norma común.
- iv. Este puede ser usado, además, como un metacriterio de resoluciones de las antinomias entre criterios: como se ha visto tratando del conflicto entre criterio de especialidad y criterio cronológico. (pp. 310-316)

#### **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.

En tal sentido (Gascón, 2003) refiere:

La configuración del Control concentrado admite a su vez dos variantes:

- i. Control a priori: El control inserta en el propio proceso legislativo operando sobre la ley aprobada pero aún no promulgada; de manera que, una vez en vigor, la ley deviene intocable y los derechos judicialmente accionables son los que vienen prefijados en ella. Ante leyes vigentes, el principio de legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.
- ii. Control a posteriori: El control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es posible que leyes inconstitucionales (pero vigentes) desplieguen sus efectos en el ordenamiento entretanto no se declare su inconstitucionalidad por el órgano de control. (p.272)

#### *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)

El test de proporcionalidad es empleado por los magistrados como método de interpretación o en lugar de aplicar el control difuso. Este test se divide en:

## **A. Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, 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 el 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. Exp. 0010-2002-AI-TC, 2003)

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.

El principio de proporcionalidad permite al juez operar una jerarquización implícita por un lado entre diferentes derechos y libertades fundamentales y por otro lado entre esos mismos derechos y libertades y las exigencias que emanan del interés general.

El principio de proporcionalidad puede también ser planteado por el juez como una exigencia autónoma que el legislador debe respetar independientemente de cualquier conciliación entre los principios constitucionales.

## **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.

Motivo de ello, es según Alexy (citado por Gascón, 2003) refiere:

“Las normas (o principios) constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como mandatos de optimización, es decir como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas, que vienen dadas por las propiedades que configuran los casos. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en llamarse juicio de ponderación, consistente, grosso modo, en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto”. (p. 296)

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. Fin 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

La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0027-2006-AI/TC emitida el 01 de febrero de 2010 señala lo siguiente:

52. Sobre la base del test de razonabilidad o proporcionalidad [STC 0027-2006-AI/TC], este Colegiado considera pertinente aplicar el test de igualdad, a través de seis pasos: verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad); determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad; verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación; examen de idoneidad; examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto [STC 0004-2006-PI/TC]. (Exp. N° 0003-2008-PI-TC)

## **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. Lo cual se indicó en la STC Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC:

11. El principio de igualdad en el Estado Constitucional exige (...) “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole.

## **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 certeros 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 (*Abwägung*), 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)

La interpretación auténtica por lo general es una ley. (...)

Puede revestir dos formas: a) una interpretación propia p estricta en la que se interprete una ley mediante la expedición de una norma posterior, b) una interpretación auténtica impropia, llamada usualmente contextual, en base a que dentro de un mismo cuerpo normativo –y sin recurrir a un norma posterior- el legislador se encarga de definir o aclarar un significado de un término o una frase. (p. 49)

## **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. Concepto*

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.

Al respecto Castillo, (2004) expresa:

Por lo que se incurre en analogía in malam partem cuando en el hurto agravado en inmueble habitado se pretende incorporar los apoderamientos de bienes que se encontraban en un remolque, en una cueva o colegio público, las cuales carecen de la característica de inmueble habitado. Sin embargo, “la prohibición de analogía también se extiende a la parte general del Código Penal. Así, por ejemplo, en los delitos de omisión impropia la posición de garantía no puede aplicarse por analogía fundándose en criterios morales o éticos, sino solo jurídicos (teoría formal) o sociales (teoría material de las fuentes de garantía) de indiscutible aceptación. En las modalidades de la autoría y participación no se puede crear formas de intervención personal más allá de las descritas en la ley penal, v. gr. El encubrimiento no debe ser considerado más como una forma de participación criminal, sino como un delito contra la Administración de Justicia (artículos 404 y 405), como no se puede alterar las reglas de la autoría por encima de su sentido literal posible.

El ámbito de las consecuencias jurídicas del delito también se encuentra sometido a la prohibición de analogía. Ello es aplicable a todas las clases de penas instauradas en el código Penal (artículo 28), a las medidas de seguridad (artículo 71), como en el campo de las consecuencias accesorias que no tienen carácter penal”. (p.132)

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.

Cabiendo señalar que “la existencia de *lagunas* trae como referencia directa a la idea de ausencia de regulación, regulación deficiente o a la “incompletez” e integridad o no del derecho legal. La existencia de una laguna jurídica solo tiene sentido cuando los hechos que se pretenden enjuiciar poseen relevancia jurídica.

Casos en los que no se encontraría en un supuesto genuino de laguna, pero que es necesario dilucidar si es que se busca delimitar su ámbito de aplicación: a) cuando nos encontramos frente a sucesos o sectores de la vida social no sometidos a la regulación jurídica. Ejemplo, los ámbitos regidos por los usos sociales, por las normas morales, las reglas de urbanidad o cortesía; b) cuando se puede mejorar una norma jurídica o determinados aspectos del ordenamiento jurídico; c) no hay una auténtica laguna cuando el ordenamiento jurídico tiene una norma jurídica que es aplicable a un conjunto de casos, pero dicha norma es insatisfactoria o injusta, resolviendo los supuestos a los que se refiere de manera injusta. Aquí no falta una norma jurídica que existe sino una mejor regulación o una norma justa.

Es el caso del derecho penal, en donde la existencia de vacíos o supuestos no regulados (pese a la dañosidad social de la conducta o pese a atentar contra importantes bienes jurídicos) no obliga a recurrir a principios superiores ni a procedimiento analógico alguno, los cuales, por el contrario, se encuentran prohibidos. Como se ha puesto de relieve, aquí nos encontraríamos frente a una regla de clausura, por razones ético-políticas.

En relación a ello, la teoría general y la filosofía del derecho ensayan algunas clasificaciones acerca de las lagunas del derecho: Según una extendida opinión doctrinal que se inicia con Enneccerus, existen cuatro posibles clases de lagunas: 1) *Laguna Técnica*.- La ley a veces solo da al juez una orientación general, señalándole determinadas pautas que debe completar e investigar en el caso particular; 2) *Laguna Normativa*.- La ley también suele callar de manera absoluta en la solución de un determinado caso; 3) *Laguna de conflicto o de colisión*.- A veces existen dos leyes, sin preferencia alguna entre sí, que se contradicen haciéndose ineficaces; 4) *Lagunas Axiológicas o Ideológicas*.- Existe una laguna cuando la norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haberlos conocido o de haber sospechado tales consecuencias.

Las lagunas también pueden dividirse según exista o no una norma jurídica. Se habla aquí de una laguna de regulación o de contenido y de una laguna por imperfección técnica. En la *primera hipótesis* falta de manera absoluta toda normatividad aplicable al caso o a una materia dada. En *el segundo caso*, se da una regulación de la materia o del supuesto hecho, pero de manera deficiente que no lo termina por abarcar o comprender. Aquí existe una imperfección contraria al plan trazado por la misma ley. (pp. 107-110)

Por el tiempo de aparición de las lagunas puede distinguirse entre lagunas primarias y lagunas secundarias, según Engisch (citado por Castillo, 2004) *Las primeras*, llamadas también lagunas subjetivas, son las que indisolublemente se encuentran unidas al nacimiento de la regulación legal y son aquellas que dependen de cualquier motivo imputable al legislador. Por su parte, *las lagunas secundarias*, son las que aparecen como

una consecuencia de haber cambiado las circunstancias de la vida social o en virtud a la modificación de las valoraciones. (p.111)

Al respecto Castillo (2004) sostiene:

Por su parte La teoría del derecho también plantea una distinción de las lagunas desde una perspectiva lógica y desde un punto de vista axiológico. *Las lagunas desde la perspectiva lógica* serían las auténticas lagunas. Estas se caracterizan por la ausencia de una disposición legal o consuetudinaria, y que podrían sintetizarse bajo el lema de ausencia de regulación. Por su parte, desde la *perspectiva valorativa* nos encontramos frente a una laguna llamada también laguna político-jurídica, laguna no auténtica, laguna de lege ferenda, laguna ideológica o laguna crítica cuando existiendo una norma en el derecho positivo que comprende y soluciona un caso determinado, esta solución se presenta como injusta o poco conveniente; y que se puede abreviar llamándola como una ausencia de regulación satisfactoria. Por ello esta última clase de laguna, que es una falsa laguna porque existe una expresa regulación, pero lo que falta es una norma mejor o una disposición más justa. Si la ley no es incompleta sino defectuosa (laguna axiológica), entonces no está permitida una integración del orden jurídico, sino un desarrollo del derecho superador de la ley. (p.112)

- ***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.

Al respecto Castillo (2004) refiere:

De allí que se exija la necesidad de una semejanza relevante o esencial entre los dos casos: el regulado, la cual sería la razón suficiente que permite el tratamiento igualitario de ambos supuestos. La analogía no puede prosperar cuando en vez de haber una semejanza relevante lo que existe es una diferencia esencial entre los casos enjuiciados, lo que volvería impracticable cualquier procedimiento de integración. El operador jurídico debe, en todo caso en que pretenda acudir a la analogía, no solo buscar una semejanza esencial, sino que libre de ataduras y apelando a un método científico ha de preguntarse si tal vez lo que *existe es una diferencia esencial entre el supuesto no regulado y el caso regulado por la norma*. Estos mecanismos no solo abrevian tiempo al juez, sino que sirven para contrastar las hipótesis o los resultados provisionales alcanzados.

*La identidad de razón* requiere que además de existir una semejanza entre los casos A y B, deba haber un mismo fundamento jurídico para que la norma o el instituto jurídico puedan ser aplicados al caso no previsto por el Derecho positivo. El mejor modo de expresar la idea de la identidad de razón es planteando la idea del ámbito de protección de la norma o el alcance del precepto o el instituto jurídico respectivo.

*La identidad de razón* surgirá, generalmente, luego de averiguar si el caso no regulado (B) afecta también a la clase de bienes jurídicos protegidos por la norma, si posee una semejante dañosidad social o se puede encontrar dentro de los límites de una norma permisiva (autorización) y que de haberlos tenidos en cuenta, la ley los hubiera también regulado. (pp. 114-118)

### **C. 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.

El contenido del *principio de legalidad* solo obliga y garantiza la sujeción de la punibilidad a la ley, no de la impunidad. Por lo que la admisibilidad de la analogía se puede deducir de la redacción del precepto constitucional que solo prohíbe y declara la inaplicación de la analogía que restringe derechos, pero que deja incólume la posibilidad de aplicar la analogía in bonam partem, sin que por ello se cuestione o se resquebraje el sentido liberal del principio de legalidad.

El juez no debe sujeción ni a la justicia ni a su conciencia moral, sino a la ley. En la medida que el juez se salga de dichos límites no solo habrá resquebrajado los principios de nuestro sistema jurídico, sino que habrá incurrido en un delito: prevaricato (artículo 418 del C.P). (pp. 123-127).

## **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.

Según Engisch (citado por Castillo, 2004) el límite de toda interpretación lo da el sentido literal posible o la formulación lingüística del precepto, y no otra consideración. Cuando se alude que la interpretación de la ley no debe detenerse en su texto, o que el sentido o fin de la misma prevalece sobre su tenor literal, lo único que se está planteando es la integración de lagunas o la analogía. Por lo que se afirma que toda interpretación debe comenzar del texto literal; no obstante, debe precisarse que aquí se encuentra el tope o límite de toda operación hermenéutica. (p.135).

La misma opinión es recogida de manera mayoritaria en la ciencia del derecho penal, que ve en el sentido literal posible la línea fronteriza entre la interpretación permitida y la integración analógica.

Según (Castillo, 2004) desde el *punto de la división de poderes*, el juez solo debe sujeción a las leyes penales creadas por el parlamento; más aún en un campo tan sensible como el de los delitos y las penas. Es decir que el magistrado no debe crear derecho salvo cuando la ley o el ordenamiento lo permita; y un ejemplo claro es el derecho penal. Desde otro contenido y consecuencia del principio de legalidad, como es el principio de taxatividad de la ley penal, se exige una exhaustiva determinación de los elementos de la norma penal para que la población pueda orientarse adecuadamente en sus contactos sociales, calculando los riesgos como las consecuencias por asumir tal o cual conducta ilícita. Ello solo se facilita si sus límites están garantizados por el sentido literal posible y la formulación lingüística del texto. Sin embargo, debe señalarse la existencia de un recíproco condicionamiento entre la prohibición de analogía y el principio de taxatividad: pues a menor taxatividad, mayor peligro de recurrir al procedimiento analógico; y, a la inversa, cuanto mayor sea la taxatividad, el peligro de la analogía disminuye (o al menos se encuentra sujeto a un mejor control y verificación).

Una cosa es afirmar que la analogía o el argumento a simile es uno de los elementos integrantes de toda interpretación y otra cosa muy distinta es considerar que toda la interpretación se reduce a un proceso de analogía.

*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)

Enneccerus (citado por Torres, 2006) distingue cuatro tipos de lagunas:

- 1) Cuando la ley calla en lo absoluto, o sea, no existe ninguna regulación del caso concreto que debe ser solucionado
- 2) Cuando hay disposición legal que trata el problema, pero ella remite a consideraciones éticas o sociológicas, como son la buena fe, la equidad, el uso del tráfico, etc.

- 3) Cuando existe una norma pero ella resulta inaplicable, por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquello o sospechado estas
- 4) Cuando dos leyes se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces. (p. 608)

#### 2.2.3.3.6. Argumentos de interpretación jurídica

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)

Los argumentos de interpretación jurídica se clasifican en:

#### **A. Argumento a pari**

Siguiendo al mismo autor:

El argumento *a pari* sostiene que “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”. Su último fundamento es la equidad en el tratamiento jurídico de las personas y sus situaciones, lo que, a su vez, se funda en la igualdad ante la ley: si en una determinada circunstancia el derecho establece una consecuencia, en otra sustantivamente similar pero que no tiene norma jurídica aplicable, es procedente aplicar la misma consecuencia. Si no se hace tal cosa se estará tratando desigualmente a los que son sustantivamente similares o a las personas en circunstancias que también son semejantes para ellas. (pp. 134-135)

Un ejemplo jurisprudencial de argumento *a pari* es el siguiente:

10. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j del artículo 89, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, al procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da

lugar el antejucio político, no obstante que, en lo que atañe el levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

11. De lo expresado se deduce que la omisión en la que incurre el inciso j del artículo 89 del Reglamento (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para preguntar la prerrogativa funcional que se supone el derecho a un antejucio político) resulta atentatoria del principio de razonabilidad y, en la medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa “interrogativa”.

12. Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia interrogativa del ordenamiento, también denominada sentencia “*rima obbligata*” (de rima obligada) (Crisagulli, V. La sentenze “interpretative” della Corte costituzionale. En: Riv. Trim. Dir e proc civ., 1967), y, en ese sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para probar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16 del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que se debe darse al inciso k del artículo 89 del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara ha lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación de la referida Comisión.” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 1º de diciembre de 2003 en el Exp. 0006-2003-AI-TC sobre acción de inconstitucional interpuesta por 65 Congresista de la República contra el inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República)

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 y en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. (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 calidades 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 Fonseca, 2006) 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 Fonseca, 2006) 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:

- 1) Respecto a la primera menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.

- 2) De las razones irrelevantes; cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar ad ignorantiam, en apelar al pueblo, etc.
- 3) Las falacias debidas a razones defectuosas; se presenta cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica, sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.
- 4) Las falacias debidas a suposiciones no garantizadas; se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.
- 5) Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división). (Atienza, citado por Meza Fonseca, 2006, p. 107)

#### 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 antecendencia 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; y 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:

Por lo que respecta al principio de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio, el Tribunal Constitucional considera que no resultan afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del principio *iura novit curia* en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de agosto de 2003 en el exp\_0905\_2001\_AA\_TC sobre acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando Moncada).

➤ **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. Sobre este dispositivo, el Tribunal ha dicho lo siguiente:

14. [...] se encuentra consagrada en el artículo 1 del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de noviembre de 2003 en el exp\_0008\_2003\_AI\_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del decreto de urgencia 140-2001).

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 agraviando 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:

Toda persona tiene derecho: [...] 24. *A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. [...]*

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.

Al respecto, el Tribunal Constitucional definió a dichos principios de la siguiente manera:

9. El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 1º de diciembre de 2003 en el exp\_0006\_2003\_AI\_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República contra el inciso j, artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República).

Según este texto, 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:

Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in ídem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de abril de 2003 en el exp\_0729\_2003-HC\_TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por Marcela Ximena Gonzales Astudillo contra la Corte Superior de Justicia de Lima y la Corte Suprema de Justicia de la Republica)

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 es 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, 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).

Según García (2003) refiere:

- a) *Las reglas: aplicación “todo o nada”*.- Las reglas vienen hacer aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones, por lo cual el criterio de la aplicación de todo o nada de las reglas deriva finalmente del carácter exhaustivo de las excepciones.
- b) *Los principios: más o menos aplicación*.- Los principios a diferencia de las reglas, presentarían una dimensión de peso. Esta dimensión se percibe en el modo de entrar en colisión principios y reglas. Cuando dos reglas entran en conflicto, es posible: que una de ellas no sea válida, o que una de ellas sea excepción de la otra. En ambos casos, no existe propiamente un conflicto, o bien se aplica la regla válida, o bien se comprueba si el caso que se resolverá es una excepción a la regla más general o no.

Por tanto, es una exigencia de racionalidad y de sostenibilidad del sistema jurídico resolver la antinomia, bien determinando si una de las normas funciona como excepción con respecto a la otra o bien directamente determinando la invalidez de una de las normas, caso contrario se aplicaría el criterio de la *lex posterior*, según el cual la ley posterior se impone a la anterior.

Por lo que los principios son aquellas normas que tutelan derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la libertad y otros de rango normalmente constitucional. Los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto, siendo que entre dos principios no suelen generarse antinomias, sino más bien tensiones.

La colisión de principios no se traduce en la exclusión de la validez de uno de los principios en conflicto, siendo que por su estructura, ni siquiera toleran que se les apliquen los criterios tradicionales de resolución de antinomias:

Criterio de jerarquía (*lex superior*).- según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía.

Criterio de la especialidad (*lex specialis*): la ley más especial se impone a la más general) resulta igualmente de difícil aplicación si tenemos en cuenta que los principios suelen caracterizarse por un extremado grado de generalidad.

Criterio de *lex posterior* (la ley posterior se impone a la ley anterior).- también resulta problemático en su aplicación a los conflictos entre principios por las mismas razones aducidas para el criterio de la *lex superior*. Si los principios son constitucionales, no es posible determinar su posterioridad, si son extrasistemáticos o implícitos resulta complicado determinar cuál es posterior en el tiempo.

Por estas razones, los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras.

- c) *Los principios como mandatos de optimización.*- El criterio fundamental para distinguir a los principios de las reglas es, a juicio de Alexy y más bien en perjuicio del criterio de la aplicabilidad todo o nada de las reglas, la dimensión de peso de los principios, *su ponderación*. Los principios deben realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso.

Por lo que Alexy caracteriza los principios en los siguientes términos: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización (el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.

Siendo que con relación a los criterios de optimización viene a constituirse como el criterio fundamental para distinguir principios y reglas: los principios se distinguen de las reglas porque remiten a una teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, dado que también las reglas pueden requerirla, es necesario sostener en realidad la tesis débil de la separación entre reglas y principios y formular la distinción en los siguientes términos: un principio es una norma que requiere, en mayor medida que una regla, el recurso a una teoría de la argumentación jurídica. (pp. 238-253)

#### ➤ **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 plausible 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.

Los elementos del argumento a fortiori son los siguientes:

- Una norma N que regula un supuesto S1 al que aplica la consecuencia jurídica C.
- Otro supuesto S2 no regulado por ninguna norma.
- El supuesto S2 merece con mayor razón que S1 la consecuencia C.
- El argumento a fortiori justifica la aplicación de la consecuencia C también al supuesto S2.

Características del Argumento a fortiori:

- a) En principio como se desprende de (i) y (ii) este argumento es aplicable frente al silencio del legislador respecto de la solución que debe dársele al supuesto no regulado.

- b) Según se infiere de (iii), el argumento a fortiori se basa en un juicio comparativo de merecimiento, en donde la consecuencia jurídica prevista en la disposición legal se aplica al supuesto no regulado por merecerlo con mayor razón que el regulado.
- c) El núcleo del argumento a fortiori es esa mayor razón, para cuyo efecto resultará indispensable la identificación de la ratio legis de la disposición a interpretar.
- d) El elemento (iv) denota que el argumento a fortiori es un mecanismo de interpretación extensiva.

### **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**

Recurre 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 teoría de la argumentación jurídica**

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 fenómeno social, 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 la 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, sometiéndolo 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. Derecho a la debida motivación**

#### **2.2.4.1. 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.

#### **2.2.4.2. 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, aun 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 acudirse 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.

iv. 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)

## **2.2.4. Derechos fundamentales**

### **2.2.4.1. 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).

### **2.2.5.2. 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.

### **2.2.5.3. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho**

Según el autor Mazzaresse (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)

#### **2.2.5.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho**

Señala Mazzaresse (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 redifinición 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.

*Derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho.*- Es innegable la atención del legislador (supra) nacional a la definición de los modelos procesales caracterizados por la garantía de los derechos fundamentales, esto es, de los modelos procesales que son ellos mismos expresión de una realización plena de los derechos fundamentales y que, al mismo tiempo, posibilitan una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales.

Señala (Mazzaresse, 2010) que respecto a dicha confirmación, “es explícita en un catálogo más o menos amplio y articulado de derechos fundamentales inherentes a la aplicación judicial del Derecho, tanto a nivel nacional en la constitución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos de muchos países (occidentales), como en documentos, solemnes y (aunque no siempre) vinculantes de carácter regional e internacional. A esta atención manifiesta del legislador (supra) nacional no corresponde, sin embargo, una solución unívoca ni respecto a la selección de los valores a realizar y a tutelar, ni respecto a la selección de los instrumentos más idóneos para su realización” (p. 237).

Por ello es evidente el disenso que acompaña sea la selección de los valores de los que se asume, que la aplicación judicial del derecho deba ser garante, sea la especificación de las modalidades juzgadas más idóneas para asegurar su realización.

Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.- Señala Mazzaresse (2010) que no menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia:

En *modo positivo* cuando se da tutela judicial, en forma directa o indirecta, de los derechos fundamentales.

En *modo negativo* cuando, por el contrario, por razones derivadas del desarrollo de algunas actividades procesales, la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos, siendo su papel relevante porque testimonia la (potencial) competitividad entre los valores subyacentes a derechos fundamentales distintos y ejemplifica la exigencia de una ponderación de los mismos y/o de la definición de una compleja red de excepciones y de vínculos.

*Entre las directas*, una primera forma de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso en que los jueces de primera instancia pueden intervenir sobre el control de constitucionalidad de las leyes, directa o indirectamente; como segunda forma directa de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso de eventuales metanormas y/o posibles prácticas jurisprudenciales que explícitamente sancionen o permitan una accionabilidad y/o justiciabilidad directas de los derechos.

Entre las *formas indirectas* de tutela y realización se puede incluir, la relativa a la aplicación de las leyes que, de uno o varios derechos fundamentales enunciados a nivel constitucional, especifican, al menos en parte, los términos de realización y tutela y/o circunscriben su alcance respecto a los valores de los que pueden ser expresión (pp. 238-241).

#### **2.2.5.5. 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.

### 2.2.5.5.1. *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)

Indeterminación y criterios de identificación de los derechos fundamentales.- La primera razón de la indeterminación de los derechos fundamentales cuya tutela judicial debe garantizarse al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto.

Se juzga que son los valores a realizar y a defender mediante la enunciación de derechos fundamentales y mediante la reivindicación de su protección y a la diversidad de derechos fundamentales que, de acuerdo con distintas concepciones se juzga que son los

derechos fundamentales que constituyen los medios necesarios para promover y garantizar los valores que se ha decidido realizar y defender a la diversidad.

Mazzarese (2010) refiere:

Que con referencia al derecho internacional, son conocidas las críticas dirigidas al catálogo de derechos fundamentales enumerados en las cartas y/o en los pactos que se han sucedido a partir de la Declaración Universal de 1948, críticas que, aunque formuladas y argumentadas de formas diversas, denuncian, todas ellas, la connotación ideológico-cultural de matriz occidental y problematizan, cuando no niegan directamente, la pretendida universalidad (de parte) de los derechos fundamentales que han encontrado una afirmación explícita en estos documentos.

Respecto al derecho interno de un Estado, la duda es si los derechos fundamentales de los que garantizan la tutela judicial son todos aquellos y sólo aquellos que han tenido ya un reconocimiento explícito, en el ordenamiento jurídico estatal. Cabiendo la duda de poderse reformulase apelando a dos interrogantes: sobre si la positivización en un ordenamiento jurídico es condición necesaria para que, en ese ordenamiento, se pueda tener tutela judicial de un derecho fundamental; y sobre si la positivización en un ordenamiento jurídico es condición suficiente para que se deba tener tutela judicial de un derecho fundamental. (245-248).

Indeterminación y criterios de interpretación: la formulación de los derechos fundamentales.- La fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales pone de relieve una dificultad obvia para su tutela judicial, cabiendo señalarse que no siempre para la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

Por ello como señala Mazzarese (2010) no resulta aislada o minoritariamente la posición de quien identifica en el carácter vago y valorativo de la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales no un defecto, sino un mérito; en el sentido que permite a los jueces hacer efectivos los derechos fundamentales en la evolución progresiva de los mismos, debido a las nuevas necesidades de toda sociedad en vía de desarrollo (p. 251).

Indeterminación y criterios de interpretación: la (potencial) competitividad entre derechos fundamentales.- Una fuente ulterior de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizan la tutela judicial es la (potencial) competitividad de los derechos fundamentales, tanto en el caso de que su catálogo se encuentre circunscrito al conjunto de los derechos explícitamente reconocidos en el

derecho interno, como en el caso en que se convenga que también pueden tomarse en cuenta derechos proclamados en ámbito supranacional y/o derechos no explícitamente enunciados en disposiciones de derecho positivo.

Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico tal como señala (Mazzarese, 2010): a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar un derecho fundamental sin violar, o al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último.

El fenómeno de los conflictos entre derechos fundamentales, no es simplemente un caso particular del fenómeno más general del conflicto entre normas (es decir, del fenómeno de las antinomias). Aunque estén relacionados, los dos fenómenos presentan, en efecto, diferencias significativas.

#### *2.2.5.5.2. Dificultades lógicas*

Señala Mazzarese (2010) lo siguiente:

La triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales a realizar y/o tutelar en un ordenamiento jurídico actúa sobre las formas y los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en que se articula el proceso decisorio de una controversia. Actuando en primer lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesta la naturaleza constitutiva y no declarativa tanto de las premisas, jurídica y fáctica, sobre las que se funda la decisión del caso, como de su conclusión, la parte dispositiva y en segundo lugar, confirmando y volviendo aún manifiesto el carácter tanto derrotable (y/o monotónico), como aproximativo del razonamiento judicial.

***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.

La tesis de la naturaleza constitutiva tanto de las premisas, jurídicas y fáctica, como de la conclusión de una decisión judicial, recibe una doble confirmación tanto en

razón de esos derechos a los que ha hecho referencia como derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho, como en razón de aquellos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.

*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).

#### **2.2.5.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio**

Según el caso en estudio se han vulnerado los derechos fundamentales siguientes: inobservancia del precepto constitucional y vulneración del precepto penal, vulneración de la libertad domiciliaria y la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia.

#### **2.2.6. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio**

##### **2.2.6.1. Telecomunicaciones**

###### *2.2.6.1.1. Concepto*

De acuerdo con el significado más apropiado al ámbito en que nos movemos de todos los que le atribuye el Diccionario de la Real Academia, es “Comunicación” la “transmisión

de señales mediante un código común al emisor y receptor”. Como elementos de la comunicación, pueden identificarse los siguientes: un comunicador o emisor, un receptor o interlocutor, un medio a través del cual se lleva a cabo la comunicación y un contenido. (Rebollo Delgado, 2000)

Con el concepto de “telecomunicaciones” se hace referencia normativamente a las comunicaciones realizadas a distancia, por medio de un artificio técnico que se sirve del medio electromagnético o luminoso. Estas notas son las que se desprende de las definiciones técnicas y normativas de este término, frente a la insuficiencia, a efectos de clarificar el alcance de las telecomunicaciones, que presenta la definición facilitadas por el Diccionario de la Real Academia, de acuerdo con la cual la “telecomunicación” es todo “sistema de comunicación telegráfica, telefónica o radiotelegráfica y demás análogos”. Así, se ha señalado que por “telecomunicaciones” debe entenderse la “Comunicación establecida entre dos personas o dos entornos, realizada por medio de un determinado equipo y mediante el cual se eliminan las posibles barreras existentes de tipo físico”. (Martínez Val, 2000)

#### *2.2.6.1.2. Marco jurídico de los servicios públicos de telecomunicaciones*

Antes de ingresar en el análisis del marco jurídico de los servicios públicos de telecomunicaciones peruano y de establecer las comparaciones que sean pertinentes con la normativa comunitaria y española, es necesario establecer una serie de premisas a tomar en cuenta.

La primera, que no es meramente formal, está referida a la terminología que emplea la Ley de Telecomunicaciones. Al respecto se mantiene, aquella terminología de finales de los años 80 que se caracteriza por describir cada uno de los servicios que técnicamente pueden distinguirse (servicios portadores, finales, de valor agregado) frente a la que –como veremos en adelante- predomina hoy en día en el ámbito europeo y en España, donde, de forma general, la normativa alude a los servicios de telecomunicaciones o a los servicios de comunicaciones electrónicas y a los servicios audiovisuales (Zegarra Valdivia, 2005).

La segunda, tiene que ver con la vinculación del servicio público con la figura de la concesión, ya que, como tuvimos oportunidad de señalar, en el Perú, así como en el resto

de países latinoamericanos, si bien los procesos de apertura del mercado de telecomunicaciones supusieron la superación de los monopolios estatales en la gestión, no fue así con respecto a los mecanismos de acceso a los operadores privados –como sí se ha hecho en España y la Unión Europea- ya que al verse mantenido la titularidad pública de la actividad de telecomunicaciones, está vigente la figura de la concesión como título habilitante para la gestión del servicio.

La tercera consideración está vinculada con el momento actual que el sector atraviesa desde un punto de vista tecnológico. Es necesario referir que cualitativamente la diferencia entre los servicios prestados en el Perú o en Latinoamérica con los que se ofrecen en España o en los países de la Unión Europea, no es tan significativa como lo puede ser en otros sectores económicos, ya que la propia globalización obliga a un desarrollo lo más cercano posible y a que se garantice la interoperatividad de la tecnología aplicable a los distintos servicios de telecomunicaciones, por lo que es necesario tomar nota en nuestro análisis del proceso de convergencia que se está produciendo actualmente y que ha vinculado a la informática, las telecomunicaciones y el audiovisual, ya que ello va a producir importantes cambios y de momento ocasiona bastante confusión al no permitir encajar los nuevos fenómenos en los viejos conceptos (Zegarra Valdivia, 2005).

#### *2.2.6.1.3. La fuente del marco jurídico*

El marco jurídico de las telecomunicaciones cuya base es el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, de 28 de abril de 1993, actual Ley de Telecomunicaciones (LTel), ha estructurado el sector sobre la base de dos pilares: el primero, que ya hemos señalado, el de considerar la actividad como servicio público, caracterizado entonces por la existencia de distintos mecanismos de intervención estatal; y, el segundo el que sea un sector abierto a la libre iniciativa y al mercado, es decir, se desarrolle en un marco de libre competencia (Zegarra Valdivia, 2005).

#### *2.2.6.1.4. El nuevo papel del Estado*

Desde el punto de vista de la normativa general de telecomunicaciones, el rol del Estado peruano, ha pasado de gestor y titular de la actividad a ser, de un lado, el garante de la preservación de las condiciones de competencia, y, de otro, el facilitar del desarrollo

tecnológico, así como el promotor del desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, manteniendo sin embargo la titularidad del servicio (Zegarra Valdivia, 2005).

## 2.2.6.2. Espectro electromagnético

### 2.2.6.2.1. Definición

El espectro electromagnético se puede definir como el conjunto de todas las radiaciones electromagnéticas posibles. Estas radiaciones se caracterizan por su frecuencia y longitud de onda y se propagan por el espacio libre a través de ondas de radio (Figura 1)

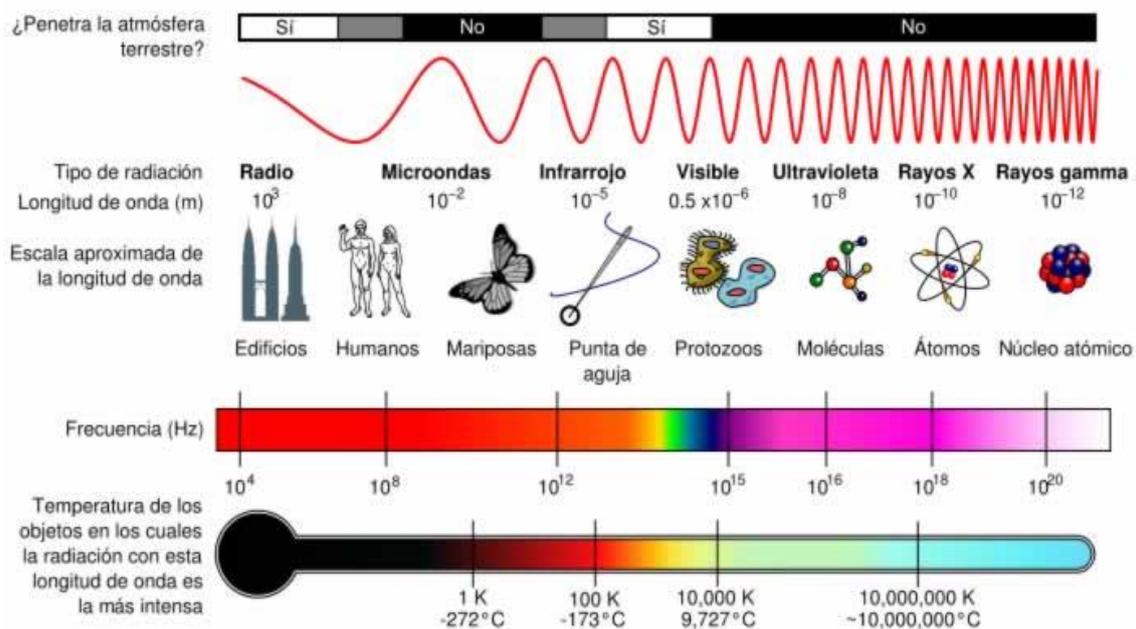


Figura 1. Diagrama del espectro electromagnético

Fuente: [www.espectrometria.com](http://www.espectrometria.com)

### 2.2.6.2.2. Utilización

El espectro es un recurso de gran valor y limitado que se utiliza para todas las formas de comunicaciones inalámbricas en el sector comercial y el sector público: móvil,

radiodifusión sonora y de televisión, enlaces de banda ancha, navegación marítima y aeronáutica, control y comunicaciones por satélites.

### 2.2.6.2.3. Espectro radioeléctrico

De acuerdo con la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), el espectro radioeléctrico es el conjunto de ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 300GHz, y que se propagan por el espacio sin guía artificial.

El espectro radioeléctrico, es un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado, y cuya regulación, administración y control le corresponde al Estado. El Estado peruano ejerce la función de control del espectro radioeléctrico, de los servicios de telecomunicaciones, radiocomunicaciones y de los servicios de radiodifusión y televisión a través del Organismo Supervisión de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

El espectro radioeléctrico está dividido en bandas de frecuencias, las cuales están asignadas por números enteros y en orden ascendente.

La radiofrecuencia se puede dividir en las siguientes bandas del espectro:

Nombre de frecuencia	Frecuencia en inglés	Abreviatura inglesa	Banda UIT	Frecuencias	Longitud de onda
-	-	-	-	<3 Hz	>100.000 km
Frecuencia extremadamente baja	<i>Extremely Low Frequency</i>	ELF	1	3-30 Hz	100.000 – 10.000 km
Super baja frecuencia	<i>Super Low Frequency</i>	SLF	2	30-300 Hz	10.000 – 1.000 km
Ultra baja frecuencia	<i>Ultra Low Frequency</i>	ULF	3	300 – 3.000 Hz	1.000 – 100 km
Muy baja frecuencia	<i>Very Low Frequency</i>	VLF	4	3 – 30 kHz	100 – 10 km
Baja frecuencia	<i>Low Frequency</i>	LF	5	30 – 300 kHz	10 – 1 km
Media frecuencia	<i>Medium Frequency</i>	MF	6	300 – 3.000 kHz	1 km – 100m

Alta Frecuencia	<i>High Frequency</i>	HF	9	3 – 30 MHz	100 m – 10 m
Muy alta frecuencia	<i>Very High Frequency</i>	VHF	11	30-300 MHz	10 – 1 m
Ultra alta frecuencia	<i>Ultra High Frequency</i>	UHF	10	300-3.000 MHz	1 m – 100 mm
Super alta frecuencia	<i>Super High Frequency</i>	SHF	11	3-30 GHz	100 – 10 mm
Frecuencia extremadamente alta	<i>Extremely High Frequency</i>	EHF	11	30-300 GHz	10 – 1 mm

Figura 2: División de las bandas del espectro radioeléctrico  
Fuente: Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

### 2.2.6.3. El delito

(Peña Cabrera Freyre, 2008), indica que el derecho penal tiene por principal función la protección preventiva de bienes jurídicos, merecedores de tutela punitiva, en cuanto recogen ciertos intereses que resultan vitales para el individuo y para la sociedad, en correspondencia con el orden de valores que se glosan en la ley fundamental.

El delito, es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Estos distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Solo una acción u omisión puede ser típica, y si es típica puede ser antijurídica y consecuentemente solo una acción u omisión típica y antijurídica puede ser culpable. El artículo 11 Código Penal expresa que “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por ley”. Si bien esta sucinta descripción no expone taxativamente las características que se aceptan para la definición del delito, están implícitas.

Los clásicos definieron al delito de diversas maneras pero el autor más destacado Francisco Carrara cita al delito como: “La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y penalmente dañoso”.

Para (Quiroz Salazar, 2002), el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir en una violación del Derecho y llama al delito infracción de la ley porque un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra él, afirma su carácter de la

infracciona a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. Esta infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, este actuar necesariamente tiene que ser cometido por el hombre, tanto en sus acciones como en sus omisiones.

Según Zaffaroni (2007), el delito es en primer lugar una conducta humana descrita en el Código Penal, donde se indican las conductas prohibidas a las que se asocia con una pena. Técnicamente se llaman "tipos" a esos elementos de la ley penal que individualizan la conducta que se prohíbe con relevancia penal. Cuando una conducta se adecúa a alguno de los tipos legales, se trata de una conducta típica (presenta características de tipicidad). De este modo se obtienen dos características del delito: una genérica (conducta) y otra específica (tipicidad), es decir, la conducta típica es una especie del género conducta. Pero no toda conducta típica es delito, ya que, existen supuestos en los que se otorgan permisos o causas de justificación, que permiten realizar acciones típicas, como los casos de estado de necesidad, de legítima defensa entre otros.

La constitución de 1993 establece el principio de legalidad en el artículo 2, numeral 20, inciso d: "Nadie será procesado o condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley".

En la legislación penal peruana aparece este principio en el Código Penal de 1924 y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal del 2004, añade el término «para mejor entendimiento de que son tanto las conductas activas como omisivas las que deben estar previstas como delito o falta en la ley. Este principio es esencialmente garantista; ya que con ello, el Estado determina específicamente el contenido y fundamento de sus intervenciones que realice sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible, y que estos tengan la posibilidad real y efectiva de conocerlo. En tal sentido, se cumple una doble garantía: el Estado debe señalar el hecho punible y la pena.

#### **2.2.6.4. El delito de hurto**

##### *2.2.6.4.1. Ubicación del delito de hurto en la normatividad punible:*

El artículo 185 del Código Penal, indica:

“El que para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con penal privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación”.

El bien jurídico objeto de tutela en el marco del tipo penal previsto en el artículo 185 del Código Penal, no abona en una postura en real coincidente, producto de diversas perspectivas que se han alzado al respecto; pues en un principio, se diría que es la “propiedad”, el objeto de tutela penal, en tanto, la redacción normativa acoge en su seno el término “ajenidad”, lo que da a entender de forma primera, que el propietario de un bien mueble nunca podrá ser sujeto activo de esta infracción legal. Sin embargo, el tema amerita una mayor profundización, más aún cuando el legislador nacional no decidió incluir en el catálogo delictivo una tipificación penal específica, cuando el autor del hecho punible es quien se apodera de la cosa mueble, tal como lo hizo el legislador español en el Código Penal de 1995, cuando incriminó el denominado “Furtum possessionis”, en el artículo 236°. (Peña Cabrera Freyre, 2008)

##### *2.2.6.4.2. Tipicidad objetiva*

Sujeto activo: en principio puede ser cualquier persona, debe ser necesariamente una persona ajena al propietario de la cosa, al menos que se trate de un copropietario; eso sí sólo puede serlo una persona psico-física considerada.

Sujeto pasivo: se dice en la doctrina que puede ser cualquier persona, más de forma precisa debe ser el propietario de un bien mueble; en este caso no sólo la persona natural sino también la persona jurídica. De todos modos, cabe advertir una doble cualidad, cuando una posesión lo tiene una persona ajena al dueño; pues sujeto pasivo de la acción

será el tenedor, y sujeto pasivo del delito, lo será siempre quien ejerce el título dominal. Si se trata de un bien que responde a varios copropietarios, cada uno de ellos será considerado como ofendido. (Peña Cabrera Freyre, 2008)

Objeto material del delito: El artículo 185° define a los bienes muebles, que según la postura mixta, debe tratarse de un bien susceptible de ser cuantificado de forma dineraria en el mercado, cuyo valor debe ser superior a una Remuneración Mínima Vital, pues si el valor está por debajo, el hecho será constitutivo de una falta.

#### **2.2.6.5. El delito de hurto de espectro electromagnético**

El artículo 185° del Código Penal (que tipifica al delito de hurto), en su última oración, para efectos penales, equipara la noción “bien mueble”, entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes, al afectarse, con esa conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad.

La Corte Suprema ha precisado que el espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones y que se entiende como aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala.

El 22 de agosto de 2017 bajo la ponencia del magistrado César San Martín Castro, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema emitió la Casación N° 234-2017-La Libertad, en la que precisa el bien protegido en el delito de hurto de espectro electromagnético y explica los aspectos importantes en materia de prueba en este delito. (La Ley, 2017)

### **2.2.7. 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)

#### **2.2.7.1. 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. Pondráse 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)

#### **2.2.7.2. 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)

### **2.2.7.3. 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 conciben 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)

### **2.2.8. La sentencia**

#### **2.2.8.1. Etimología**

Según Gómez (2008), la palabra -sentencial 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.

### **2.2.8.2. 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.

### **2.2.8.3. 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)

### **2.2.8.4. 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)

#### **2.2.8.5. 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)

## **2.2.9. La sentencia casatorial penal**

### **2.2.9.1. Conceptos**

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 trae como novedad a diferencia de los dispuesto en el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 1991, la institución procesal denominada “recurso de casación”, la cual como recurso extraordinario que es, determinará que su procedencia solamente esté permisible en la medida que se configure alguna de las causales así descritas en el artículo 429° del nuevo Código Procesal Penal. (Pineda Zevallos, 2017)

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)

### **2.2.9.2. Fines del recurso de casación penal**

El recurso de casación según (Benavente, H. & Aylas, R., 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.

#### 2.2.9.2.1 *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.

#### 2.2.9.2.2. *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 Benevente & 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 *habeas 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, Herrera 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 Chiovenda (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 en 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

### **2.2.9.3. 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.

#### **2.2.9.4. 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:

#### *2.2.9.4.1. 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).

#### 2.2.9.4.2. *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.

#### 2.2.9.4.3. *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 absolución 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 absolución 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.

#### 2.2.9.4.4. *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.

En cuanto a la *doctrina constitucional del Tribunal Constitucional*, en sentencia del 19 Abril del 2007 (Exp. N° 4853-2004-PA/TC), ha considerado:

“a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de control de constitucionalidad (...); c) las proscripciones interpretativas, esto es las ‘anulaciones’ de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la constitución (...)”.

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.

#### *2.2.9.4.5. Causales de casación según caso en estudio*

Son causales para interponer recurso de casación:

***A. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías***

En general, aquí se hace referencia, entre otras, a las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo, el artículo 2° de la Carta Magna,

así como las normas que configuran un proceso garantista y que se hallan recogidas, principalmente, en el artículo 139 del texto constitucional (además de las normas referidas al Ministerio Público, que ayudan a configurar un modelo procesal acusatorio) (Almanza Altamirano, 2015).

***B. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.***

En ese contexto se enmarca la denominada casación formal o por quebrantamiento de forma, la que “está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes”.

Debe establecerse finalmente que el único supuesto de inobservancia de las formas procesales que acarrea la nulidad del acto procesal, ocurre cuando ello genera indefensión para alguna de las partes, ya que debe tenerse presente que la forma no se establece como un rito, y, por ende, no como una finalidad en sí mismo, sino que por el contrario, cumple una función de garantía de derechos fundamentales de las partes (Almanza Altamirano, 2015).

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

Esta causal se aplica cuando se efectúa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación. Lo primero que hay que mencionar es que esta es una causal sustantiva, por ende, las normas cuya inaplicación, o interpretación errónea o aplicación indebida se denuncian, deben tener naturaleza material; es decir, deben tratarse de normas que reconozcan derechos o establezcan obligaciones y que no indiquen un procedimiento a seguir (Almanza Altamirano, 2015).

***D. Si la sentencia o auto han sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor***

Esta causal puede ser alegada cuando la resolución impugnada ha sido expedida como manifiesta ilogicidad de la motivación, lo que resulta evidente del propio tenor de la misma. La falta de logicidad en la construcción de la sentencia se le denomina “vicio *in cogitando*”, y en tanto y en cuanto está íntimamente vinculado a la obligación constitucional que tienen los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones, conceptuamos que se trata de una causal adjetiva.

***E. Si la sentencia o auto se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional***

Esta causal que puede ser alegada cuando una resolución, materia de cuestionamiento, se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en este tema debe tenerse presente lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza a los magistrados a apartarse de los principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, con la obligación de motivar adecuadamente su decisión, dejando constancia del precedente del que se están apartando. El inciso tercero del artículo 433° del nuevo Código Procesal Penal establece, que a pedido del Ministerio Público o de oficio, podrá decidir que lo resuelto en casación constituya doctrina jurisprudencial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales inferiores, y la que permanecerá con tal calidad hasta que no exista otra decisión jurisprudencial expresa que la modifique (Almanza Altamirano, 2015).

#### **2.2.9.5. Clases de Casación**

##### *2.2.9 5.1. 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.

#### 2.2.9.5.2. *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).

#### 2.2.9.6. **Requisitos de admisibilidad del recurso de casación**

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

##### 2.2.9.6.1. *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.

#### *2.2.9.6.2. 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.

### **2.2.9.7. 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 permitirles 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).

#### **2.2.9.8. 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.*

*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).*

2. 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.
3. 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.

### 2.3. Marco Conceptual

**Antena.** Dispositivo que emite o recibe señales radioeléctricas (Artículo 2°, literal h) de la Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, Ley N° 29022) (OSIPTEL, 2015)

**Área de concesión.** Área geográfica dentro de la cual se permite la prestación de un servicio público de telecomunicaciones por un concesionario. (Glosario de Términos del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC). (OSIPTEL, 2015)

**Campo electromagnético.** El movimiento de cargas eléctricas en un conductor (como la antena de una emisora de radio o TV) origina ondas de campo eléctrico y magnético (denominadas ondas electromagnéticas) que se propagan a través del espacio vacío a la velocidad  $c$  de la luz ( $c = 300\,000\text{ km/s}$ ) (OSIPTEL, 2015).

**Concesión única.** Concesión otorgada por el Ministerio para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de la denominación de estos contenida en esta Ley o en su Reglamento, con excepción de la concesión para operador independiente (OSIPTEL, 2015).

**Espectro radioeléctrico.** El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. (Artículo 57° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC). (OSIPTEL, 2015)

**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 ordenadas según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente (Poder Judicial del Perú, 2018)

**Corte Suprema.** Le corresponde fallar en última instancia cuando una acción se inicia en la Corte Superior; sin embargo, el artículo 141 de nuestra Carta Magna otorga facultades casatorias a la Corte Suprema a fin de poder pronunciarse sobre el fondo de la

controversia, pero ello será siempre y cuando se advierta grave infracción de carácter procesal, o sustantivas de la ley penal. (Gaceta penal & procesal penal, 2009)

**Delito:** (Derecho Penal) Acción típica, antijurídica y culpable. Acto tipificado como tal en la ley, contrario al derecho y en el que el agente ha tenido dominio sobre las circunstancias, es decir, que por voluntad no ha desarrollado una conducta diferente (Poder Judicial del Perú, 2018).

**Derechos fundamentales:** Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado. (Poder Judicial del Perú, 2018)

**Distrito Judicial.** Parte de un territorio en donde un juez o tribunal ejerce jurisdicción. (Poder Judicial del Perú, 2018)

**Hurto:** (Derecho penal). Delito por el cual, sin usar violencia o amenaza, el sujeto activo sustrae un bien del sujeto pasivo, con la obtención de obtener un provecho económico indebido. (Poder Judicial del Perú, 2018)

**Interpretación jurídica.** Es una actividad que consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como por ejemplo, los principios. (Wikipedia, 2017)

**Jurisprudencia.** Estudio de las experiencias del derecho, a través de sus fallos y sentencias dictados por sus tribunales, cuya observancia es obligatoria para nuevos casos de la misma modalidad, asumiéndolo como fuente ante situaciones semejantes (Poder Judicial del Perú, 2018).

**Norma.** (Teoría General del Derecho) La regla social o institucional que establece límites al comportamiento humano. (Poder Judicial del Perú, 2018)

**Norma Constitucional.** Es la regla o precepto de carácter fundamental, establecida por el Poder constituyente y de competencia suprema.

**Recurso de casación.** (Derecho Procesal) Medio técnico de impugnación extraordinario, contra sentencias y ejecutorias de los tribunales superiores, dictadas contra la jurisprudencia, la ley o los trámites sustanciales. Recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema o Tribunal Supremo contra fallos definitivos, en los casos que el ordenamiento lo contemple, en los cuales se supone se desconocen las doctrinas y se trasgrede las leyes, quebrantando las garantías del debido proceso. Tiene por finalidad “casar” el error y subsanarlo (Poder Judicial del Perú, 2018).

**Recurso de nulidad.** Es uno de los medios de impugnación establecidos por nuestro ordenamiento procesal, el cual primigeniamente tiene por finalidad que el Tribunal Supremo realice un nuevo examen de la sentencia emitida por la Sala Superior, garantizando de esta forma el derecho a la pluralidad de instancia amparado en el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política del Estado (Gaceta penal & procesal penal, 2009)

**Telecomunicación.** Es toda transmisión y recepción de señales de cualquier naturaleza, típicamente electromagnéticas, que contengan signos, sonidos, imágenes o, en definitiva, cualquier tipo de información que se desee comunicar a cierta distancia. (Wikipedia, 2018)

**Telecomunicaciones.** Es toda transmisión y/o emisión y recepción de señales que representan signos, escrituras, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza por medios físicos, medios electromagnéticos, medios ópticos u otros (Glosario de Términos del Texto Único Ordenado del Reglamento General de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y Glosario de Términos del Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2006-MTC) (OSIPTEL, 2015).

#### **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° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad, 2018; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

## 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 utiliza la exclusión en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad de la norma, para someterse a la ponderación y calificación de un valor numérico reflejado en los cuadros de resultados; una vez identificadas permitirá la identificación de las técnicas de interpretación. Asimismo, las técnicas de interpretación como variable dependiente podrá 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 utilizará las técnicas para recolectar datos, como la observación y revisión de documentos (sentencias), podrá evaluar la incompatibilidad normativa empleando las técnicas de interpretación; es decir, no se evidenciará manipulación alguna de las variables en estudio.

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

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

**Hermenéutico:** Es hermenéutico porque interpreta y explica 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 aplica para dar solución a la misma.

### **3.2. Diseño de investigación:** método hermenéutico dialéctico

El método hermenéutico dialéctico se basa en la relación dialéctica entre la comprensión, la explicación y la interpretación de la norma con la finalidad analizar y explicar y de qué manera se aplican 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 estará constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene 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	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	
<b>X<sub>i</sub>:</b>  <b>INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES</b>	<b>Independiente</b>	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	<b>EXCLUSIÓN</b>  Entendiéndose al descarte de normas, según su rango, temporalidad o especialidad, de acuerdo a la materia.	<b>Validez formal</b>	Antinomias	<b>TÉCNICAS:</b>	
				<b>Validez material</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Técnica de observación</li> <li>▪ Análisis de contenidos</li> </ul>	
			<b>COLISIÓN</b> Confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma.	<b>Control difuso</b>		Principio de proporcionalidad	<b>INSTRUMENTO:</b>
						Juicio de ponderación	Lista de cotejo
<b>Y<sub>i</sub>:</b>  <b>TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</b>	<b>Dependiente</b>	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.	<b>INTERPRETACIÓN</b> Del latín <i>interprepari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	<b>Sujetos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Auténtica</li> <li>▪ Doctrinal</li> <li>▪ Judicial</li> </ul>		
				<b>Resultados</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Restrictiva</li> <li>▪ Extensiva</li> <li>▪ Declarativa</li> <li>▪ Programática</li> </ul>		
				<b>Medios</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Literal</li> <li>▪ Lógico-Sistemático</li> <li>▪ Histórico</li> <li>▪ Teleológico</li> </ul>		
			<b>INTEGRACIÓN</b>  Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.	<b>Analogía</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Malam partem</li> <li>▪ Bonam partem</li> </ul>		
				<b>Principios generales</b>	Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Creativa</li> <li>- Interpretativa</li> <li>- Integradora</li> </ul>		
				<b>Lagunas de ley</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Normativa</li> <li>▪ Técnica</li> <li>▪ Conflicto</li> <li>▪ Axiológica</li> </ul>		
				<b>Argumentos de interpretación jurídica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Argumento a pari</li> <li>▪ Argumento ab minoris ad maius</li> <li>▪ Argumento ab maioris ad minus</li> <li>▪ Argumento a fortiori</li> <li>▪ Argumento a contrario</li> </ul>		
			<b>ARGUMENTACIÓN</b>	<b>Componentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Premisas</li> <li>▪ Inferencias</li> <li>▪ Conclusión</li> </ul>		
				<b>Sujeto a</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Principios</li> <li>▪ Reglas</li> </ul>		

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

### 3.5. Técnicas e instrumentos

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

### 3.6. Plan de análisis

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

#### 3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

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

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

También, será una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos. Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán trasladados

literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar la coincidencia; con excepción de los datos de identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

### **3.6.3. La tercera etapa:** consistente en un análisis sistemático

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

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

### 3.7. Matriz de consistencia

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN EL EXPEDIENTE N° 234-2017, DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD-LIMA. 2018	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad - Lima, 2018?	<p><b>Objetivo General:</b> Determinar de qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad - Lima, 2018</p> <p><b>Objetivos Específicos:</b>  <b>1.</b> Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.  <b>2.</b> Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.  <b>3.</b> Determinar las técnicas</p>	<p><b>XI:</b> <b>INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA</b></p>	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomia	<p><b>TÉCNICAS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Técnica de observación</li> <li>▪ Análisis de contenidos</li> </ul>
							Validez material		
						COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	<p><b>INSTRUMENTO:</b></p> <p>Lista de cotejo</p> <p>Población-Muestra</p>
								Juicio de ponderación	

		<p>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><b>Población:</b> Expediente judicial consignado con el N° 234-2017 perteneciente al Distrito Judicial de La Libertad, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio <b>la muestra</b>, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.</p>	
		<p><b>HIPÓTESIS:</b></p> <p>Las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de la Libertad - Lima, 2018; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.</p>	<p><b>Y<sub>1</sub>:</b> <b>TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</b></p>	<p><b>Dependiente</b></p>	<p>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.</p>	<p><b>INTERPRETACIÓN</b></p>	<p><b>Sujetos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Auténtica</li> <li>▪ Doctrinal</li> <li>▪ Judicial</li> </ul>	<p><b>Resultados</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Restrictiva</li> <li>▪ Extensiva</li> <li>▪ Declarativa</li> <li>▪ Programática</li> </ul>	<p><b>Medios</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Literal</li> <li>▪ Lógico-Sistemático</li> <li>▪ Histórico</li> <li>▪ Teleológico</li> </ul>	<p><b>Analogía</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Malam partem</li> <li>▪ Bonam partem</li> </ul>

						<b>INTEGRA- CIÓN</b>	<b>Principios generales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Según su Función:</li> <li>- Creativa</li> <li>- Interpretativa</li> <li>- Integradora</li> </ul>
							<b>Laguna de ley</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Normativa</li> <li>▪ Técnica</li> <li>▪ Conflicto</li> <li>▪ Axiológica</li> </ul>
							<b>Argumentos de interpretación jurídica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Argumento a pari</li> <li>▪ Argumento ab minoris ad maius</li> <li>▪ Argumento ab maioris ad minus</li> <li>▪ Argumento a fortiori</li> <li>▪ Argumento a contrario</li> </ul>
						<b>ARGUMEN- TACIÓN</b>	<b>Componentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Premisas</li> <li>▪ Inferencias</li> <li>▪ Conclusión</li> </ul>
							<b>Sujeto a</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Principios</li> <li>▪ Reglas</li> </ul>
							<b>Argumentos interpretativos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Argumento sedes materiae</li> <li>▪ Argumento a rúbrica</li> <li>▪ Argumento de la coherencia</li> <li>▪ Argumento teleológico</li> <li>▪ Argumento histórico</li> <li>▪ Argumento psicológico</li> </ul>

								<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Argumento apagógico</li><li>▪ Argumento autoridad de</li><li>▪ Argumento analógico</li><li>▪ Argumento partir a de principios</li></ul>	
--	--	--	--	--	--	--	--	---	--

### **3.8. Principios éticos**

#### **3.8.1. Consideraciones éticas**

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

#### **3.8.2. Rigor científico**

Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se ha insertará el objeto de estudio: Recurso de Agravio Constitucional proveniente del Tribunal Constitucional, que se evidenciará como Anexo N° 1 en el presente Proyecto de Investigación.

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

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultados

**Cuadro 1: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de Casación de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del Expediente N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad. 2018**

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]	[0-6]	[07-12]	[13-20]
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<p style="text-align: center;"><b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA</b></p> <p><b>RECURSO CASACIÓN N.º 234-2017/LA LIBERTAD</b> <b>PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO</b></p> <p><b>Delito de hurto de espectro electromagnético: Aspectos dogmáticos y probatorios.</b> <b>SUMILLA:</b> (i) El Código Penal, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble al espectro electromagnético», que tiene valor económico. El espectro electromagnético es un bien mueble incorporal</p>	<p><b>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 / No cumple</b></p>	0			6		
				<p><b>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) Si cumple / No cumple</b></p>	1					

		<p>debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones, <b>(ii)</b> El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado. La omisión de mencionar el segundo local en la parte no es trascendente para apreciar infracción constitucional, <b>(iii)</b> El principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal en la requisitoria oral debe mantener los hechos básicos. Están prohibidas las alteraciones esenciales, no meramente formales, <b>(iv)</b> El contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.</p>	<p><b>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales.</b> <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)</i> <b>Si cumple / No cumple</b></p>	1					
			<p><b>2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso.</b> <i>(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)</i> <b>Si cumple / No cumple</b></p>	1					
			<p><b>3. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el Art. 429° del Código Procesal Penal.</b> <i>(Las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)</i> <b>Si cumple / No cumple</b></p>		1				
		<p align="center"><b>-SENTENCIA DE CASACIÓN-</b> Lima, veintidós de agosto de dos mil diecisiete.</p>	<p><b>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. Si cumple / No cumple</b></p>	1					
		<p><b>VISTOS;</b> en audiencia pública: el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto material interpuesto por el encausado C.A.R.L. contra la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta, de dos de noviembre de dos mil quince, lo condenó como autor de delito de hurto agravado de espectro de radio</p>	<p><b>2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.</b> <i>(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))</i> <b>Si cumple / No cumple</b></p>		1				
	<b>Colisión</b>	<b>Control difuso</b>							

			eléctrico en agravio del Estado -Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones-, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como al pago de dos mil soles con cincuenta céntimos por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. Intervino como ponente el señor San Martín Castro.	<p><b>3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.</b> <i>(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)</i> <b>Si cumple / No cumple</b></p>	1					
				<p><b>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.</b> <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> <b>Si cumple / No cumple</b></p>	1					

Fuente: Sentencia de Casación de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del Expediente N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad.

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

**LECTURA.** El cuadro 1, revela que la incompatibilidad normativa a veces se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados no emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos.

**Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de Casación de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del Expediente N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad. 2018**

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de las técnicas de interpretación		
					Por remisión	Inadecuada	Adecuada	Por remisión	Inadecuada	Adecuada
					[ 0 ]	[2,5]	[ 5 ]	[0-25]	[26-50]	[51-80]
<b>TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</b>	<b>Interpretación</b>	<b>Sujeto a</b>	<p align="center"><b>FUNDAMENTOS DE HECHO</b></p> <p><b>PRIMERO.</b> Que las sentencias condenatorias de mérito declararon probado que el encausado R.L. utilizó el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales, sin la autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En este sentido, el dieciocho de setiembre de dos mil doce los inspectores de la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones del referido Ministerio verificaron que la empresa RTC TV, ubicada en el jirón Sánchez Camón número doscientos setenta y seis y doscientos setenta y ocho, y planta transmisora situada en jirón José Pardo sin número, Barrio Agua, Los Pájaros, distrito de Huamachuco, provincia de Sánchez Camón, departamento de La Libertad, cuyo propietario es el referido imputado, quien los recibió, operaba sin autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y que se encontraba transmitiendo en ese momento señal de cable (ESPN), lo que se plasmó en el Acta de Inspección Técnica número cero catorce ochenta y uno guion dos mil doce, de fojas cinco.</p> <p>En virtud del acta en mención, se elaboró el Informe número cuarenta y cuatro sesenta y uno guion dos mil doce guion MIC oblicua veintinueve punto cero dos, de fojas tres, de diecisiete de octubre de dos mil doce, que sirvió de sustento a la Resolución Directoral número cero ocho cincuenta y cinco guion dos mil trece guion MTC oblicua veintinueve, de fojas siete, de diecisiete de mayo de dos mil</p>	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. ( <i>Auténtica, doctrinal y judicial</i> ) <b>Si cumple / No cumple</b>			1			55
		<b>Resultados</b>		1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. ( <i>Restictiva, extensiva, declarativa</i> ) <b>Si cumple / No cumple</b>			1			
		<b>Medios</b>		1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionas 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> ) <b>Si cumple / No cumple</b>			1			
				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> ) <b>Si cumple / No cumple</b>			1			

<b>Integración</b>	<b>Analogías</b>	<p>trece. Esta resolución administrativa señaló que el personal autorizado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones puede disponer y ejecutar la incautación de los equipos de la estación radiodifusora, y que el órgano encargado de disponer dicha medida cautelar es el juez especializado en lo penal. De esta manera, a mérito de la resolución judicial de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, con fecha veintiocho de ese mes y año se llevó a cabo la referida medida. En su mérito, se incautó (i) un excitador, marca TVSAT, de color plomo, y (ii) un amplificador, marca TV, color azul, en presencia del responsable y locutor de la estación radial, E.S. <b>SEGUNDO.</b> Que contra la sentencia de primera instancia el imputado R.L., protestando inocencia, interpuso el recurso de apelación de fojas doscientos seis, de siete de noviembre de dos mil quince. Esta impugnación, previo trámite de ley, finalmente fue desestimada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de La Libertad mediante la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, que confirmó el fallo precedente y la declaración de culpabilidad, así como la pena y la reparación impuestas.</p> <p>La referida sentencia de segunda instancia determinó que el encausado R.L. planteara el recurso de casación de fojas trescientos ochenta y dos, de quince de noviembre de dos mil dieciséis, el mismo que fue admitido por el Tribunal Superior por resolución de fojas cuatrocientos cincuenta y nueve, de veintitrés de enero del presente año.</p> <p><b>TERCERO.</b> Que elevada la causa a este Supremo Tribunal y cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, se expidió la Ejecutoria Suprema de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, que declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstas en el artículo 429°, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal, bajo el acceso extraordinario regulado por el artículo 427°, numeral 4, del Código en mención.</p> <p><b>CUARTO.</b> Que, instruido el expediente en secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día diez de agosto de dos mil diecisiete por decreto de fojas ciento setenta y nueve, de veintiuno de julio último, y realizada ésta con la concurrencia del abogado defensor del encausado R.L., doctor Walter Humberto Vásquez</p>	1. <b>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) Si cumple / No cumple</b>	1					
	<b>Principios generales</b>		1. <b>Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple / No cumple</b>	1					
	<b>Laguna de ley</b>		1. <b>Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (Antimonias) Si cumple / No cumple</b>				1		
	<b>Argumentos de integración jurídica</b>		1. <b>Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. Si cumple / No cumple</b>	1					
<b>Argumentación</b>	<b>Componentes</b>	1. <b>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) Si cumple / No cumple</b>				1			
		2. <b>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 / No cumple</b>			1				
		3. <b>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 / No cumple</b>				1			
		3. <b>Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple / No cumple</b>			1				
		4. <b>Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple / No cumple</b>				1			

		<p>Bejarano, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.</p> <p><b>QUINTO.</b> Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal acordó pronunciar la presente sentencia de casación, en los términos que se detallarán. Se señaló para la audiencia de su lectura el día de la fecha.</p>	<p style="text-align: center;"><b>FUNDAMENTOS DE DERECHO</b></p> <p><b>PRIMERO.</b> Que, como quedó expuesto, este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, admitió el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstos en el artículo 429º, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal. Corresponde analizar, en su consecuencia, los siguientes temas: Primero, los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radioeléctrico (artículos 185º y 186º, numeral 7, del Código Penal).</p>	<p><b>1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional.</b> (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 inidem; 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) <b>Si cumple / No cumple</b></p>			1			
		<p><b>Argumentos Interpretativos</b></p>	<p>Segundo, la existencia o no de una prueba ilícita en relación a la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria. Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos para su restricción y la corrección de su ejecución.</p> <p>Tercero, la correlación entre acusación y sentencia: identidad de hechos. Debe examinarse la denuncia casacional del imputado en relación al principio acusatorio, integrante de la garantía del debido proceso.</p> <p>Cuarto, la presencia de un procedimiento administrativo sancionador y su relevancia respecto a la fecha de la decisión administrativa absolutoria y al contenido de información asumible por la jurisdicción penal.</p> <p><b>SEGUNDO.</b> Que, en cuanto al motivo de vulneración del precepto penal material, en relación con el artículo 186º, numeral 7 del Código Penal, en buena cuenta el imputado R.L. cuestiona la propia tipificación de esa circunstancia agravante y, a partir de esa consideración, hace mención a la exigencia de medición de la sustracción del espectro electromagnético y su valoración económica, que exigiría todo delito contra el patrimonio.</p> <p>No existe ilegitimidad en el juicio de tipicidad realizado por el Tribunal Superior y en la propia configuración típica realizada por el Legislator. Es de acotar que el espectro electromagnético es un bien</p>	<p><b>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación.</b> (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios) <b>Si cumple / No cumple</b></p>			1			

		<p>mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones. Se entiende como <i>“aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala”</i> (SALINAS SICCHA, RAMIRO: <i>Delitos contra el patrimonio</i>, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85). El que ilegalmente cuenta con los equipos correspondientes y los utiliza para captar las ondas radioeléctricas al margen de la autorización administrativa, lo que está haciendo es usar el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones clandestinas.</p> <p>El artículo 185° del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción “bien mueble”, entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.</p> <p>Conforme al artículo 66° de la Constitución y su desarrollo por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo número 013-93-TCC, de seis de mayo de mil novecientos noventa y tres (artículos 57° y 58°), así como por la Ley número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro, el espacio radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por tanto, su utilización por un tercero no autorizado es delictiva -el elemento, ajenidad, es plenamente aplicable-. De otro lado, el agente “toma para si” -aprehende- las ondas radioeléctricas para hacer uso de ellas en telecomunicaciones ilegales, al margen del ordenamiento jurídico público -el espacio radioeléctrico es un recurso natural de titularidad estatal-, y esa actividad tiene un indudable contenido económico, por lo que es posible estimar que produce una disminución patrimonial al Estado; por la actividad de radiodifusión el Estado cobra el canon respectivo (véase, sobre este punto, el Decreto Supremo número 016-2010-MTC, de treinta de marzo de dos mil diez). En esta línea se entiende por sustracción toda conducta que lleva a cabo el sujeto activo en virtud de la cual arranca o aleja el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, y esto sucede cuando se trata del espacio radioeléctrico y se utilizan equipos para captar ondas sin la autorización del Estado.</p> <p>Las propias características del espacio radioeléctrico, desde luego,</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>toma muy difícil la valuación económica del perjuicio. Empero, éste puede concretarse en función a los actos de utilización ilegal y a otros factores, que corresponde fijar a la ley de la materia -en función al canon dejado de percibir-, que dicen de las especiales peculiaridades del espacio radioeléctrico.</p> <p>Existe, pues, base jurídica y político criminal para el castigo penal. La tipicidad es precisa y tiene auxilio en la legislación de telecomunicaciones. El principio constitucional de legalidad, en cuanto a los requisitos de “ley escrita, ley previa, ley estricta o cierta” se ha respetado. El bien jurídico tutelado en esta modalidad de atentado patrimonial está definido y justificado constitucionalmente. Su desarrollo legal está, igualmente, consolidado desde las exigencias del derecho penal.</p> <p>El motivo no puede prosperar.</p> <p><b>TERCERO.</b> Que, en lo referente a la vulneración de la libertad domiciliaria en relación a la diligencia de entrada y registro, que daría lugar a una prueba ilícita, se tiene que el Supervisor General de Control y Supervisión de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al juez penal de Sánchez Camón la medida de allanamiento e incautación, requerimiento que tiene sustento en la Resolución Directoral número 821 - 2013/MTC/29, de dieciséis de agosto de dos mil trece. En la parte expositiva de la resolución cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, se indicó que el inmueble concernido está ubicado en jirón Sánchez Camón número doscientos setenta y seis guion doscientos setenta y ocho -Huamachuco, Sánchez Carrión - La Libertad, donde opera la Radiodifusión RTC TRV guion VHF RTC de propiedad del imputado R.L. Empero, en la parte considerativa (duodécimo fundamento jurídico) se indica que la ubicación de la planta de esa emisora se encuentra en el jirón José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos -Cerro Santa Bárbara, y que según la indicada resolución directoral los dos locales ya mencionados forman una unidad.</p> <p>Es verdad que en la parte resolutive solo se hizo referencia al primer inmueble o local, pero es evidente que, si las actuaciones administrativas comprendían el conjunto de la actividad de telecomunicaciones, bajo el cargo de su presunta ilegalidad -y así se menciona en la parte considerativa del auto cautelar-, era obvio que el local donde quedaba la planta emisora también sería objeto de la referida medida cautelar. Esa omisión del juez -en la parte resolutive- no significa que la medida cautelar no comprendiera toda esa actividad de radiodifusión. El conjunto de las actuaciones</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>administrativas, previas a dicha resolución, alcanzaban al local ubicado en el jirón José Pardo. En ese local es donde se encontraron los equipos incautados y se encontraba quien se desempeñaba como locutor, el señor E.S., con quien se entendió la diligencia, conforme al acta de fojas dieciséis.</p> <p>Cabe enfatizar, primero, que la medida de allanamiento e incautación tiene un sustento legal específico: los artículos 86° y 96°-98°, en concordancia con el artículo 77°, de la Ley de Radio y Televisión número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro; segundo, que el procedimiento especial que prevé el referido dispositivo legal se respetó cumplidamente -sobre el que ni siquiera existe cuestionamiento de parte-; y, tercero, que la resolución del juez está debidamente motivada -respetó el canon tanto de (i) proporcionalidad (presupuestos generales: legalidad o tipicidad procesal y jurisdiccionalidad, y requisitos generales: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad), cuanto de (ii) intervención indiciaria-.</p> <p>Por último, la omisión en la indicación expresa de la ubicación de la planta emisora -donde precisamente se hallaron los equipos finalmente incautados-, no constituye un vicio constitucional que origina la ilicitud del allanamiento y de la propia incautación y, por ende, la inutilizabilidad de la fuente de prueba obtenida por ese medio (supuesto de prueba inconstitucional). Fluye de la propia resolución que implícitamente la comprende y, por ende, no significa que se incurrió en una vulneración de la legalidad constitucional -el sentido del petitorio y el objeto de la autorización judicial cuestionada, en estricto derecho, comprendió el citado local, que por lo demás integraba una misma unidad de radiodifusión-. El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Si bien la persona indicada como titular del predio no se encontraba, tal situación no es trascendente pues lo esencial es la identificación del domicilio -la razón es clara: “no siempre es posible saber quién <i>es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o guarda elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo</i>” (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda -en adelante, STSE- de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis). Incluso el error en el número de la vivienda es intrascendente si la vivienda queda suficientemente individualizada (conforme: STSE de dieciocho de junio de dos mil diez). Si esto es así, en la medida en que se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado -así consta de la parte considerativa del auto judicial cuestionado-, y</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>si bien arrojó resultados positivos el segundo local, cuya indicación no se señaló en la parte resolutive pero sí en la parte considerativa, tal omisión tampoco es trascendente para apreciar infracción constitucional.</p> <p>El motivo debe desestimarse.</p> <p><b>CUARTO.</b> Que, en lo atinente a la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, se tiene lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La acusación escrita de fojas noventa y siete, en su Sección II “Relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado”, puntualizó que los hechos consisten en que el veintiocho de noviembre de dos mil trece, en cumplimiento de la Resolución Directoral número ochocientos cincuenta y cinco guión dos mil trece guión MTC guión veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil trece, se ejecutó una medida cautelar en la calle José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos, Cerro Santa Bárbara – distrito de Huamachuco, donde se ubica la estación RTC TV. Es del caso que el señor E.E.S., en calidad de responsable y locutor de la citada estación, facilitó el ingreso al inmueble y admitió que no se tenía autorización para su funcionamiento. En el momento de la intervención la estación se encontraba emitiendo señal en canal trece. Se incautaron un excitador y amplificador. No se pudo incautar el transmisor porque fue escondido. Dicha estación de radiodifusión, según el informe número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC guión veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, es de propiedad del encausado Rebaza López.</li> <li>2. Los términos de la acusación escrita fueron reiterados por el Fiscal, como no podía ser de otra manera (artículo 371, numeral 2 del Código Procesal Penal), en la exposición inicial de la acusación –en el alegato de apertura o preliminar– de fojas ochenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. El Fiscal insistió en la fecha del acto de intervención cautelar con presencia del Ministerio Público y que el imputado R.L. era el propietario de la estación de televisión cuestionada. Agregó que con las pruebas documentales referidas a las diligencias del procedimiento administrativo sancionador acreditaría los cargos. En esos mismos términos se concretó la acusación oral (artículo 387, numeral 1 del Código Procesal Penal).</li> <li>3. La sentencia de primera instancia, sin embargo, extiende el hecho imputado a partir del año dos mil ocho. Sobre el particular, la sentencia de vista en su fundamento jurídico vigésimo acotó que</li> </ol>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>si bien es verdad que la narración fiscal de los hechos se circunscribió a la intervención del veintiocho de noviembre de dos mil trece, también lo es que la acusación “...narra igualmente que dicha actividad cautelar tiene su base en los informes y expedientes sancionatorios anteriores, los cuales se remiten no al año 2013, sino desde el año 2008 hasta la data de la intervención; en los cuales se señala expresamente como propietario al acusado”. Tal razonamiento llevó a la Sala Superior a desestimar el agravio vinculado a la vulneración del principio acusatorio.</p> <p><b>QUINTO.</b> Que el principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal, a su vez, en la requisitoria oral debe mantener la identidad esencial del hecho objeto de acusación escrita – los hechos básicos– (artículo 387 numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal) –está prohibido, por tanto, las alteraciones esenciales, no meramente formales (conforme.: STSE de diez de mayo de 2007)–. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del citado Código.</p> <p>En la sentencia impugnada se parte de estimar que el delito sub-judice es un delito permanente y que, por las actuaciones administrativas, se entiende que el hecho delictivo se inició en dos mil ocho. Sin embargo, extender el suceso histórico objeto de acusación a fechas anteriores, sin discriminar que el propio Fiscal diferenció entre hechos imputados y elementos de convicción –indicación de la prueba documental que sustentaría los cargos–, importó una alteración esencial de la identidad del hecho. No se trató de agregar (i) una circunstancia –que son datos fácticos que están alrededor del hecho principal y que importan una agravación o atenuación de la respuesta punitiva– o introducir (ii) algunos detalles fácticos que mejor expliquen o perfilen el mismo suceso histórico, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido (conforme: STSE número 351/2012, de siete de mayo de dos mil doce) –siempre, claro está, que estas circunstancias o datos fueron materia de debate, conforme a la prueba practicada en el juicio oral, y que las circunstancias “contra reo” sean asumidas por la fiscalía–.</p> <p>Introducir, como parte del objeto procesal, otras fechas y señalar que la conducta realizada por el imputado Rebaza López tuvo lugar en momentos anteriores al tiempo de la medida cautelar –muchos años</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>atrás-, bajo la justificación de que ésta integró un mismo suceso típico y ello consta de la prueba documental recabada en la etapa de investigación preparatoria, no es de recibo. Es verdad que es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos. El límite es que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido (conforme: STSE número 58/2015, de diez de febrero de dos mil quince). Es evidente que extender judicialmente el tiempo de comisión del delito y derivarlo años atrás, con el pretexto de su supuesta comisión permanente, no importa un elemento accesorio o meramente secundario al hecho principal, sino extender un suceso histórico, con todo lo ello significa, en relación a hechos, pruebas y alegación sobre ambos. Luego, los hechos objeto de acusación y los hechos materia de condena se alteraron en su esencia –lo que introdujo la sentencia no fueron elementos episódicos, periféricos o de mero detalle (conforme: STSE número 849/2013, de doce de noviembre de trece)–.</p> <p>Este motivo debe ser estimado. Solo cabe un examen respecto de los hechos específicamente acusados.</p> <p><b>SEXTO.</b> Que, en lo concerniente a la relevancia de la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador que se siguió contra el imputado por los hechos que dieron lugar al auto cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, es de rigor apuntar lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La autoridad administrativa, en mérito a los Informes número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, de fojas tres; acta de inspección técnica número cero uno cuarenta ocho uno guión dos mil doce, de dieciocho de setiembre de dos mil doce, de fojas cinco; Informe número mil cuatrocientos veintisiete guión dos mil trece guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de seis de mayo de dos mil trece; y, acta de inspección técnica número cero cero cuarenta y ocho guión dos mil trece de dieciséis de abril de dos mil trece, emitió la Resolución Directoral número cuatro mil doscientos cuarenta guión dos mil trece guión MTC, de veintisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas treinta y cuatro, que inició procedimiento administrativo sancionados contra el imputado Rebaza López por la vulneración del artículo 77, numeral a), de la Ley de Radio y Televisión. Los cargos se ampliaron mediante Resolución</li> </ol>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Directoral número dos mil trescientos setenta y dos guión dos mil catorce guión MTC oblicua veintinueve, de quince de setiembre de dos mil catorce, de fojas treinta y uno. La primera se refirió a “prestación de frecuencia del servicio radiodifusión sonora sin autorización” y la segunda se circunscribió a “prestación de frecuencia del servicio de radiodifusión por televisión sin autorización”.</p> <p>2. En ese procedimiento el imputado, por escrito de descargo de fojas setenta y dos, de cuatro de febrero de dos mil catorce, siempre alegó no haber participado en ninguna actuación de la Administración y que no es propietario de la Estación intervenida.</p> <p>3. La Resolución Directoral, firme, número tres mil cuatrocientos ochenta y cinco guión dos mil catorce guión MTC guión dos mil nueve, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, empero, absolvió al encausado R.L. –no se probó que era propietario de la estación intervenida– y sancionó, por el contrario, a L.A.P.C., quien reconoció expresamente ser titular y propietario de la aludida estación. El oficio número mil quinientos dieciocho guión dos mil quince guión MTC guión veintinueve, de ocho de abril de dos mil quince, de fojas noventa, dio cuenta que la indicada Resolución Directoral quedó firme.</p> <p><b>SÉPTIMO.</b> Que si bien el procedimiento administrativo sancionador se inició con anterioridad al proceso penal –este último se planteó a raíz de la acusación directa de fecha trece de octubre de dos mil catorce [fojas noventa y siete]–, la resolución administrativa final se emitió con posterioridad a la sentencia de primera instancia –la sentencia de vista se profirió luego que esa resolución administrativa quedara firme–.</p> <p>La primacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo es una premisa jurídica insoslayable (artículo III, primer párrafo, última oración, del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y, por tanto, cuando paralelamente se siguen, por los mismos hechos, un procedimiento penal y un procedimiento administrativo, el último depende del primero en cuanto a la declaración de hechos probados –distinto será el caso, desde luego, si la jurisdicción penal se inicia con posterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud para evitar la lesión al “<i>ne bis in idem</i>” será de rigor determinar si existe entre ambos procedimientos “unidad de fundamento” o de bien jurídico tutelado–.</p> <p><b>OCTAVO.</b> Que el criterio-base para definir el juicio histórico es si el imputado R.L. tenía el control de la estación concernida al momento</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>de la intervención administrativa, según los términos fijados en el quinto fundamento jurídico. La Administración estimó que no era propietario y, por tal razón, absolvió. La jurisdicción penal, en primera y segunda instancia, consideró lo contrario, aunque indebidamente extendió los hechos en que se ejecutó el delito. Cabe aclarar que la sentencia de vista no dio mérito al contrato de traspaso de canal de televisión RTC-TV-Canal trece que el imputado celebró con L.A.P.C. –de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuarenta y uno– por no ser conforme con la legislación sobre la materia.</p> <p>La propia Administración entendió que era posible estimar que el imputado R.L. era propietario de la estación intervenida –los argumentos de defensa siempre han sido los mismos en las dos esferas jurídicas–. Ésta tiene a su cargo todo el sistema jurídico referido a las autorizaciones y mecanismos de transferencia a tercero de las licencias otorgadas. De su parte, no calificó como inexistente ese contrato.</p> <p><b>NOVENO.</b> Que debe entenderse que el contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.</p> <p>Así las cosas, afirmar que no se tenía control de la estación intervenida y, por ende, que no se llevó a cabo los actos reputados delictivos, puede acreditarse con prueba documental, pericial o personal –según los casos–. P.C. aceptó esa calidad en sede administrativa –fue sancionado y no impugnó la multa impuesta–; incluso respondió frente a las denuncias laborales de cuatro trabajadores de la Estación intervenida –así fluye de los escritos anexos al escrito de fojas doscientos cincuenta y dos, auto de fojas doscientos setenta y dos, y escritos anexos al escrito de fojas doscientos noventa y seis, todos admitidos por la autoridad jurisdiccional–. No existe prueba en contrario que niegue esa afirmación del imputado. No hay suficiencia probatoria, desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, y, en todo caso, existe duda razonable acerca de que el imputado R.L. tenía el control de la estación intervenida y, como tal, utilizó ilegalmente –él o a través de otras personas a su servicio– el espectro electromagnético. El material probatorio que tuvo a la vista el órgano jurisdiccional no permitía una decisión distinta a la asumida por la Administración.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>El motivo debe estimarse y así se declara. Procede, entonces, al no ser necesaria una nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa (artículo 433 numeral 1 del Código Procesal Penal), absolver al imputado de la acusación fiscal.</p> <p style="text-align: center;"><b>DECISIÓN</b></p> <p>Por estas razones: <b>I. Declararon INFUNDADO</b> el recurso de casación interpuesto por C.A.R.L. por los motivos de vulneración de precepto material y de inobservancia de precepto constitucional en relación a la vulneración de la libertad domiciliaria (artículo 2 numeral 9 de la Constitución) y a la correspondiente ilicitud de la diligencia de allanamiento e incautación. <b>II. Declararon FUNDADO</b> el recurso de casación planteado por C.A.R.L. por el motivo de inobservancia de precepto constitucional en relación al debido proceso –artículo 139 numeral 3 de la Constitución y artículo 397 numeral 1 del Código Procesal Penal– (vulneración del principio de congruencia procesal o correlación) y a la relación entre decisión administrativa y sentencia. En consecuencia, <b>CASARON</b> la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis; y, actuando en sede de instancia: <b>REVOCARON</b> la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta, de dos de noviembre de dos mil quince, que condenó a C.A.R.L. como autor de delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado – Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como al pago de dos mil soles con cincuenta céntimos por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. <b>III. ABSOLVIERON</b> a C.A.R.L. de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado – Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En tal virtud, <b>ORDENARON</b> se archive el proceso definitivamente respecto del citado imputado y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales; sin costas. <b>IV. DISPUSIERON</b> se remitan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. <b>HÁGASE</b> saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene la señora jueza suprema Zavina Chávez Mella por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.</p> <p><b>S.s.</b>  <b>SAN MARTÍN CASTRO / SALAS ARENAS / BARRIOS ALVARADO / PRÍNCIPE TRUJILLO / CHÁVEZ MELLA</b>  CSM/abp</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

**Fuente:** Sentencia de Casación de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del Expediente N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad.

**Nota.** La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa 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 al presentarse una infracción normativa, los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación.



ARGUMENTACIÓN	Componentes		2	3	30	[51-80]	Adecuada						
	Sujeto a			1		[26 - 50]	Inadecuada						
	Argumentos interpretativos			1		[0-25]	Por remisión						

**Fuente:** Sentencia de Casación de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del Expediente N° 234-2017 del Distrito Judicial de La Libertad.

**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 infracción normativa, que según el caso en estudio deberían de haber utilizado los criterios, principios y demás normas del derecho.

## 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° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad, fue adecuada, 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 Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados no emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos que evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, respecto a 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, que no es otra cosa que la temporalidad de la norma jurídica.

En lo que concierne a los fundamentos que 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.

**Respecto a la variable: técnicas de interpretación.** Revela que la variable en estudio fue empleada **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación. Para lo cual se deberá determinar el tipo o los tipos de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación, doctrinal y judicial.

Respecto a los criterios de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso, como la interpretación gramatical o literal; sistemática o conexión de significado; histórico; sociológico; ratio legis o teleológico,.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. Conclusiones

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, 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° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad, se evidenció que a veces se presenta la incompatibilidad normativa, sin embargo las técnicas de interpretación empleada fue adecuada, (Cuadro Consolidados N° 3).

#### **Sobre la incompatibilidad normativa:**

- 1. Respecto a la variable *incompatibilidad normativa*, de sus dimensiones “exclusión” y “colisión”:** se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados no emplearon los criterios de validez material de las normas aplicadas en sus fundamentos, es decir no se verificó la constitucionalidad y legalidad de las normas seleccionadas – Especialidad de la Norma Jurídica – inobservancia del precepto constitucional y vulneración del precepto penal material. Se evidenció que los magistrados no comprobaron la vigencia de normas relacionadas a la “vulneración del precepto penal material” previsto en el artículo 429 apartados 1 y 3 del Código Procesal Penal; es decir no comprobó que los preceptos habían sido derogados del ordenamiento (validez formal) y de otra parte no verificó su constitucionalidad y legalidad (validez material); así como se aplicó normas jurídicas en apoyo de la decisión judicial, sin que se haya acreditado su efectiva conexión con los hechos probados, los cuales a su vez se corresponden con los hechos alegados por las partes, *lo que trae consigo encontrarse con una Motivación Aparente y no Válida respectivamente. En consecuencia, en el caso en estudio, a veces se presentó una incompatibilidad normativa, porque no se ha evidenciado la selección de normas constitucionales sobre la vigencia de la norma.*

## **Sobre a las técnicas de interpretación:**

- 2. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “interpretación” se derivó de las sub dimensiones:** “sujeto a”, “resultados” y “medios”, considerándose como resultado una *interpretación auténtica impropia*, que según Gaceta Jurídica (2004) es “llamada usualmente contextual”, esto es lo que establece la norma, por ende los magistrados emplearon interpretaron las normas de forma explícita como se encuentran en los códigos o leyes, debiendo emplearse una interpretación doctrinal y jurisprudencial. Los magistrados utilizaron el tipo de interpretación jurídica autentica y doctrinal de las normas seleccionadas en su argumentación.
  
- 3. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “integración” se derivó de las sub dimensiones:** “analogía”, “principios generales”, “laguna de ley”, y “argumentos de integración jurídica”, siendo que en el caso en estudio no se presentó un vacío o deficiencia en la ley para que se aplique la integración del derecho, habiéndose presentado la **infracción normativa de normas materiales** (Art. 429, apartados 1 y 3 del Código Procesal Penal), esto es, la adecuada interpretación de las normas en las instancias precedentes, los cuales corresponden al análisis de: los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radioeléctrico (artículos 185 y 186 numeral 7 del Código Penal; así como la existencia o no de una prueba ilícita en relación a la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria.
  
- 4. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “argumentación” se derivó de las sub dimensiones:** “componentes”, “sujeto a” y “argumentos interpretativos”; los magistrados fundamentaron sus argumentos en **base a premisas, inferencias y conclusiones** (componentes), no complementando sus argumentos en base a principios como el de **Coherencia Normativa** que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí, **el Principio de Tutela Jurisdiccional** que se encuentra incorporada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, **el Principio de Legalidad en materia sancionatoria** que determina que varios elementos que son compartidos, en parte por la sanción penal y por la administrativa y, en otra parte, son privativos del ámbito penal.

## 5.2. Recomendaciones

En el presente caso en estudio, las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad, 2018; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

En primer lugar, los magistrados al momento de sentenciar deben analizar en detalle el caso, no deduciendo en un principio que son casos fáciles, esto ayudaría a que los magistrados tengan un amplio panorama de la situación jurídica vulnerada y que de esta manera pueda emplear un análisis profundo sobre el *thema decidendi*. Para lo cual, los magistrados deben tener en cuenta que al momento de fundamentar una sentencia en casación, debe ser por el fondo, detallándose los motivos por los cuales falla a favor o en contra del impugnante, en función de su naturaleza de la institución jurídica.

Asimismo, de presentarse una infracción normativa de normas materiales –como en el caso en estudio- los magistrados deben de emplear el **test de proporcionalidad como criterio de interpretación**, lo cual involucra que se detalle cada paso que comprende, determinándose el o los derechos fundamentales vulnerados que se encuentran relacionados con las normas adjetivas penales y luego ponderar la afectación del derecho con lo establecido en la norma.

Es necesario que a toda fundamentación de sentencia –sobre todo en casación– debe no sólo de ampararse en la normatividad o en las máximas de la experiencia, sino basándose en principios constitucionales y fundamentales, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. El interés casacional que debe valorarse para declarar la procedencia del recurso de casación está referido a: 1) la unificación de interpretaciones contradictorias entre diversos órganos jurisdiccionales, afirmación de la jurisprudencia de la máxima instancia judicial frente a errores de tribunales inferiores, y definición del sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada pero de especiales connotaciones jurídicas; y 2) la necesidad de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. & Morales, J. (2005). *El derecho de acceso a la información pública – Privacidad de la intimidad personal y familiar*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Almanza Altamirano, F. (2015). *El proceso penal y los medios impugnatorios*. Lima, Perú: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación - APECC.
- Benavente, H. & Aylas, R. (2010). *La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004. Manual N° 1*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- 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. (04, Octubre 2007). Fundamento Noveno. Casación. Exp. N° 3621-2007-Cuzco. *Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, Perú.
- C.S.J.R. (2006). Casación. Exp. N° 3706-2006. *Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, Perú.
- 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> (23.06.2015)
- 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](http://www.derechoycambiosocial.com/revista028/norma_juridica.pdf) (04.05.2016)
- Castillo, J. (2004). Interpretación jurídica. En J. Castillo, & M. & Lujan, *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. (págs. 97-146). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

- Chiassoni, P. (2010). Antinomias. En R. Guastini, P. Comanduci, A. Aarnio, J. Moreso, M. Redondo, B. Celano, & T. & Mazzaresse, *Interpretación y razonamiento jurídico. Colección Filosofía y teoría del derecho. N° 3* (Vol. II, págs. 269-317). Lima, Perú: Ara.
- Díaz, J. (2014). *La Casación Penal. Doctrina y Análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema. Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- 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* (Primera ed.). Lima, Perú: El Búho.
- Gaceta penal & procesal penal. (2009). *Diccionario penal jurisprudencial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- García, M. (2003). La cuestión de los principios. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación. N° 3*. (pp. 228-256). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. & García, A. (2003). La cuestión de los principios. En *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colección Derecho & Argumentación. N° 3* (págs. 228-256). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Gascón, M. & García, A. (2003). Papel del juez en el estado de derecho. En *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colección Derecho & Argumentación. N° 3* (págs. 15-16). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Gascón, M. (2003). La actividad judicial: problemas interpretativos. En M. & Gascón, *La argumentación en el derecho. algunas cuestiones fundamentales. Colección Derecho & Argumentación. N° 3* (págs. 93-126). Lima, Perú: Palestra Editores.

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.

Gómez Mendoza, G. (2016). *Código Penal* (18a ed.). Lima, Perú: Rodhas.

Gonzales López, J. J. (2007). *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal.* (L. Ley, Ed.) Madrid, España: Wolters Kluwer España S.A.

Guastini, R. (2010). Interpretación de la Constitución. En R. Guastini, P. Comanduci, A. Aarnio, J. Moreso, M. Redondo, B. Celano, & T. & Mazzaresse, *Interpretación y razonamiento jurídico. Colección filosofía y teoría del derecho. N° 3* (Vol. II, págs. 41-44). Lima, Perú: Ara.

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](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderacion_un_analisis.pdf) (09.07.2016)

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=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjA2NztlUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZap Ut-ckhlQaptWmJOcSoAP-YkJjUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjA2NztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZap Ut-ckhlQaptWmJOcSoAP-YkJjUAAAA=WKE) (28.07.2016)

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

Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. y Batista, P. (2010). *Metodología de la Investigación.* (5ta. Ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.

La Ley. (25 de agosto de 2017). *Gaceta Jurídica*. Recuperado el 15 de enero de 2018, de <http://laley.pe/not/4165/corte-suprema-precisa-los-aspectos-probatorios-del-delito-de-hurto-de-espectro-electromagnetico/>

Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Comepan 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.

Martínez Val, J. M. (2000). *Diccionario enciclopédico de tecnología* (Vol. II). Madrid, España: Síntesis.

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 Fonseca, E. (2006). Argumentación e interpretación jurídica. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. N° 22. Recuperado el 11 de enero de 2018, de [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22\\_6.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf)

Núñez Santamaría, D. M. (2012). *La casación en el Estado Constitucional del Ecuador. Tesis de maestría no publicada*. Recuperado el 10 de enero de 2018, de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ\\_SANTAMARIA\\_DIEGO\\_CASACION\\_ECUADOR.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.pdf?sequence=1)

OSIPTEL. (2015). *Glosario de términos de Telecomunicaciones en Perú*. Lima, Perú: OSIPTEL.

Peña Cabrera – Freyre, A.R. (2010) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*. Lima, Perú: Idemsa.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2008). *Derecho penal. Parte especial* (Segunda ed., Vol. II). Lima, Perú: Idemsa.

Pérez, G. (s.f.). *Espectro electromagnético*. Recuperado el 18 de enero de 2018, de Espectrometria.com: [https://www.espectrometria.com/espectro\\_electromagnetico](https://www.espectrometria.com/espectro_electromagnetico)

Perú. 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/](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/) (28.07.2015)

Perú. 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/](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/) (28.07.2015)

Perú. 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](http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S) (28.07.2015)

Pineda Zevallos, C. J. (2017). El derecho fundamental a la debida motivación como causal de procedencia de un recurso de casación penal. (F. Obregón Rossi, Ed.) *Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Revista del Foro. N° 103*, 159-176.

Poder Judicial del Perú. (2018). *Diccionario jurídico*. Recuperado el 19 de enero de 2018, de [http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras\\_letra.asp?letra=D](http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=D)

Quiroz Salazar, W. (2002). *Lecciones de derecho penal general*. Lima, Perú: Fondo Editorial UAP.

R.N. (2005). Recurso de Nulidad N° 1903-2005-Arequipa. Sala Penal. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/551c6e8043eb7aeaa2a9e34684c6236a/2>.

+Seccion+Judicial-Salas+Penales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=551c6e8043eb7aeaa2a9e34684c6236a (25.08.2016)

Rebollo Delgado, L. (2000). El secreto de las comunicaciones: problemas actuales. *Revista de Derecho Político N° 48-49*, 358.

Rubio Correa, M. (2005). La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Themis. Revista de Derecho*, 7-18. Recuperado el 10 de enero de 2018, de [http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis\\_051.pdf](http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_051.pdf)

Rubio Correa, M. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2013). *Los criterios de interpretación constitucional. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional* (Tercera ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2013). *Principio de constitucionalidad. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2015). *Argumentos de la integración jurídica. Manual de razonamiento jurídico*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

Sánchez-Palacios Paiva, M. (2009). *El recurso de casación civil* (Cuarta ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 0010-2002-AI-TC (3 de enero de 2003).

Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 0027-2006-PI-TC (21 de noviembre de 2007).

STC. (01, Diciembre 2003). Exp. N° 0006\_2003\_AI\_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

- STC. (03, Enero 2003). Exp. N° 0010-2002-AI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*.  
Lima, Perú.
- STC. (03, Octubre 2003). Exp. N° 0005\_2003\_AI\_TC. *Sentencia del Tribunal  
Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (11, Noviembre 2003). Exp. N° 0008\_2003\_AI\_TC. *Sentencia del Tribunal  
Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (14, Abril 2003). Exp. N°0729\_2003-HC\_TC. *Sentencia del Tribunal  
Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (14, Agosto 2003). Exp. N° 0905\_2001\_AA\_TC. *Sentencia del Tribunal  
Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (16, Abril 2003). Exp. N° 2050\_2002\_AI\_TC. *Sentencia del Tribunal  
Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (2003). Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*.  
Lima, Perú.
- STC. (2005). Exp. N° 8125-2005-HC/TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima,  
Perú.
- STC. (2008). Exp. N° 0003-2008-PI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0004-  
2006-PI/TC*. Lima, Perú.
- STC. (21, Noviembre 2007).Exp. N° 0027-2006-PI-TC. *Sentencia del Tribunal  
Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (26, Abril 2006). Exp. 0018-2003-AI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*.  
Lima, Perú.

- STC. (29, Octubre 2005). Exp. N° 0045-2004-PI-TC. Fundamento 33. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.
- STC. (29, Octubre 2005). Exp. N° 0045-2004-PI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.
- Taboada, G. (2014). *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima, Perú: Grijley – Academia Peruana de Jurisprudencia.
- Torres, A. (2006). III. Integración del Derecho. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Torres, A. (2006). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. (Tercera ed.). Lima, Perú: Moreno S.A.
- Torres, A. (2006). Métodos de interpretación. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Torres, A. (2006). V. Los principios generales del Derecho. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Universidad de Celaya (2011). *Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya*. Centro de Investigación. México. Recuperado de: [http://www.udc.edu.mx/i2012/investigacion/manual\\_Publicacion\\_Tesis\\_Agosto\\_2011.pdf](http://www.udc.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf). (23.07.2015)
- Valderrama, S. (s.f.). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima, Perú: San Marcos.
- Wikipedia. (2017). *Interpretación jurídica*. Recuperado el 19 de enero de 2018, de La enciclopedia libre: [https://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n\\_jur%C3%ADdica](https://es.wikipedia.org/wiki/Interpretaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica)

Wikipedia. (2018). *Telecomunicación*. Recuperado el 19 de enero de 2018, de La enciclopedia libre: <https://es.wikipedia.org/wiki/Telecomunicaci%C3%B3n>

WordReference. (2015). Diccionario de la lengua española / compatibilidad. Copyright. Recuperado de: <http://www.wordreference.com/definicion/compatibilidad> (28.07.2015)

Zavaleta, R. (2014) *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. *Colec. Derecho & Tribunales*. N° 6. (pp. 303-339). Lima, Perú: Grijley.

Zavaleta, R. (2014). Argumentos interpretativos. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima, Perú: Grijley.

Zavaleta, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima, Perú: Grijley.

Zegarra Valdivia, D. (2005). *Servicio público y regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú* (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra Editores.

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"> <li>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></li> <li>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></li> </ol>
			Validez material	<ol style="list-style-type: none"> <li>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></li> <li>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></li> <li>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></li> </ol>
		Colisión	Control difuso	<ol style="list-style-type: none"> <li>Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. <i>Si cumple/No cumple</i></li> <li>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></li> <li>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></li> <li>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></li> </ol>

<b>TÉCNICAS DE INTERPRE- TACIÓN</b>	<b>Interpretación</b>	<b>Sujetos</b>	1. <b>Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial) Si cumple/No cumple</b>
		<b>Resultados</b>	1. <b>Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa) Si cumple/No cumple</b>
		<b>Medios</b>	1. <b>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) Si cumple/No cumple</b> 2. <b>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) Si cumple/No cumple</b>
	<b>Integración</b>	<b>Analogías</b>	1. <b>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) Si cumple/No cumple</b>
		<b>Principios generales</b>	1. <b>Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple/No cumple</b>
		<b>Laguna de ley</b>	1. <b>Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (Antimonías) Si cumple/No cumple</b>
		<b>Argumentos de integración jurídica</b>	1. <b>Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. Si cumple/No cumple</b>
	<b>Argumentación</b>	<b>Componentes</b>	1. <b>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) Si cumple/No cumple</b> 2. <b>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/No cumple</b> 3. <b>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/No cumple</b> 4. <b>Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple/No cumple</b> 5. <b>Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple/No cumple</b>
		<b>Sujeto a</b>	1. <b>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</b>

			<p>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 inidem; 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) <b>Si cumple/No cumple</b></p>
		<p><b>Argumentos interpretativos</b></p>	<p><b>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación.</b> (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios) <b>Si cumple/No cumple</b></p>

## ANEXO 2

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

#### 1. 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
		<b>Si cumple</b> (cuando en el texto se cumple)
		<b>No cumple</b> (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**

<b>Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión</b>	<b>Valor (referencial)</b>	<b>Calificación</b>
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 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	[ 13 - 20 ]	11
		Validez Material	1	2	1		[ 7 - 12 ]	
	Colisión	Control difuso	4			4	[ 0 - 6 ]	
Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos		1		7.5	[ 51 - 80 ]	12.5
		Resultados		1				
		Medios		1				
	Integración	Analogías	1			0	[ 26 - 50 ]	
		Principios generales	1					
		Laguna de ley	1					

		Argumentos de interpretación jurídica	1				
<b>Argumentación</b>	Componentes		5			5	[ 0 - 25 ]
	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**

[ 13 - 20 ] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Siempre

[ 7 - 12 ] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[ 0 - 6 ] = Cada indicador se multiplica por 0,5 = Nunca

##### **B. Técnicas de interpretación**

[ 51 - 80 ] = Cada indicador se multiplica por 5 = Adecuada

[ 26 - 50 ] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Inadecuada

[ 0 - 25 ] = 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 hurto de espectro electromagnético contenido en la Sentencia de Casación recaído en el expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad.

Por estas razones, como autor tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la Dignidad Humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios.

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario asumiré exclusivamente mi responsabilidad.

Lima, 18 de noviembre de 2018

-----  
Luis Alberto Cuellar Villarroel  
DNI N° 07685553

## ANEXO 4

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

**RECURSO CASACIÓN N.º 234-2017/LA LIBERTAD**

**PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO**

**Delito de hurto de espectro electromagnético:  
Aspectos dogmáticos y probatorios.**

**Sumilla:** (i) El Código Penal, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble al espectro electromagnético», que tiene valor económico. El espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones, (ii) El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado. La omisión de mencionar el segundo local en la parte no es trascendente para apreciar infracción constitucional, (iii) El principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal en la requisitoria oral debe mantener los hechos básicos. Están prohibidas las alteraciones esenciales, no meramente formales, (iv) El contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede

analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.

## **-SENTENCIA DE CASACIÓN-**

Lima, veintidós de agosto de dos mil diecisiete.

**VISTOS;** en audiencia pública: el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto material interpuesto por el encausado C.A.R.L. contra la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta, de dos de noviembre de dos mil quince, lo condenó como autor de delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado -Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones-, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como al pago de dos mil soles con cincuenta céntimos por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. Intervino como ponente el señor San Martín Castro.

## **FUNDAMENTOS DE HECHO**

**PRIMERO.** Que las sentencias condenatorias de mérito declararon probado que el encausado R.L. utilizó el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales, sin la autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En este sentido, el dieciocho de setiembre de dos mil doce los inspectores de la Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones del referido Ministerio verificaron que la empresa RTC TV, ubicada en el jirón Sánchez Carrión número doscientos setenta y seis y doscientos setenta y ocho, y planta transmisora situada en jirón José Pardo sin número, Barrio Agua, Los Pájaros, distrito de Huamachuco, provincia de Sánchez Carrión, departamento de La Libertad, cuyo propietario es el referido imputado, quien los recibió, operaba sin autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y que se encontraba transmitiendo en ese momento señal de cable

(ESPN), lo que se plasmó en el Acta de Inspección Técnica número cero catorce ochenta y uno guion dos mil doce, de fojas cinco.

En virtud del acta en mención, se elaboró el Informe número cuarenta y cuatro sesenta y uno guion dos mil doce guion MIC oblicua veintinueve punto cero dos, de fojas tres, de diecisiete de octubre de dos mil doce, que sirvió de sustento a la Resolución Directoral número cero ocho cincuenta y cinco guion dos mil trece guion MTC oblicua veintinueve, de fojas siete, de diecisiete de mayo de dos mil trece. Esta resolución administrativa señaló que el personal autorizado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones puede disponer y ejecutar la incautación de los equipos de la estación radiodifusora, y que el órgano encargado de disponer dicha medida cautelar es el juez especializado en lo penal. De esta manera, a mérito de la resolución judicial de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, con fecha veintiocho de ese mes y año se llevó a cabo la referida medida. En su mérito, se incautó **(i)** un excitador, marca TVSAT, de color plomo, y **(ii)** un amplificador, marca TV, color azul, en presencia del responsable y locutor de la estación radial, E.E.S.

**SEGUNDO.** Que contra la sentencia de primera instancia el imputado R.L., protestando inocencia, interpuso el recurso de apelación de fojas doscientos seis, de siete de noviembre de dos mil quince. Esta impugnación, previo trámite de ley, finalmente fue desestimada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de La Libertad mediante la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, que confirmó el fallo precedente y la declaración de culpabilidad, así como la pena y la reparación impuestas.

La referida sentencia de segunda instancia determinó que el encausado R.L. planteara el recurso de casación de fojas trescientos ochenta y dos, de quince de noviembre de dos mil dieciséis, el mismo que fue admitido por el Tribunal Superior por resolución de fojas cuatrocientos cincuenta y nueve, de veintitrés de enero del presente año.

**TERCERO.** Que elevada la causa a este Supremo Tribunal y cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, se expidió la Ejecutoria Suprema de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, que declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstas en el artículo 429º,

apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal, bajo el acceso extraordinario regulado por el artículo 427°, numeral 4, del Código en mención.

**CUARTO.** Que, instruido el expediente en secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día diez de agosto de dos mil diecisiete por decreto de fojas ciento setenta y nueve, de veintiuno de julio último, y realizada ésta con la concurrencia del abogado defensor del encausado R.L., doctor Walter Humberto Vásquez Bejarano, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

**QUINTO.** Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal acordó pronunciar la presente sentencia de casación, en los términos que se detallarán. Se señaló para la audiencia de su lectura el día de la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Que, como quedó expuesto, este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas ciento cincuenta y tres -del cuadernillo respectivo-, de veintiocho de abril de dos mil diecisiete, admitió el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de precepto penal material, previstos en el artículo 429°, apartados 1 y 3, del Código Procesal Penal. Corresponde analizar, en su consecuencia, los siguientes temas:

Primero, los alcances del tipo legal de hurto y la circunstancia agravante vinculada al espectro radioeléctrico (artículos 185° y 186°, numeral 7, del Código Penal).

Segundo, la existencia o no de una prueba ilícita en relación a la vulneración del derecho a la libertad domiciliaria. Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos para su restricción y la corrección de su ejecución.

Tercero, la correlación entre acusación y sentencia: identidad de hechos. Debe examinarse la denuncia casacional del imputado en relación al principio acusatorio, integrante de la garantía del debido proceso.

Cuarto, la presencia de un procedimiento administrativo sancionador y su relevancia respecto a la fecha de la decisión administrativa absolutoria y al contenido de información asumible por la jurisdicción penal.

**SEGUNDO.** Que, en cuanto al motivo de vulneración del precepto penal material, en relación con el artículo 186°, numeral 7 del Código Penal, en buena cuenta el imputado R.L. cuestiona la propia tipificación de esa circunstancia agravante y, a partir de esa consideración, hace mención a la exigencia de medición de la sustracción del espectro electromagnético y su valoración económica, que exigiría todo delito contra el patrimonio. No existe ilegitimidad en el juicio de tipicidad realizado por el Tribunal Superior y en la propia configuración típica realizada por el Legislador. Es de acotar que el espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones. Se entiende como *“aquel campo de energía natural formado por la ionósfera, a través del cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala”* (SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra el patrimonio*, Ediciones Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85). El que ilegalmente cuenta con los equipos correspondientes y los utiliza para captar las ondas radioeléctricas al margen de la autorización administrativa, lo que está haciendo es usar el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones clandestinas.

El artículo 185° del Código Penal, última oración, para efectos penales, equipara la noción “bien mueble”, entre otros, al espectro electromagnético, el cual a su vez tiene valor económico y es susceptible de uso ilegal por el sujeto activo del delito de hurto con agravantes -se afecta, con esta conducta, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, con el consiguiente daño para la colectividad-.

Conforme al artículo 66° de la Constitución y su desarrollo por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo número 013-93-TCC, de seis de mayo de mil novecientos noventa y tres (artículos 57° y 58°), así como por la Ley número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro, el espacio radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por tanto, su utilización por un tercero no autorizado es delictiva -el elemento, ajenidad, es plenamente aplicable-. De otro lado, el agente “toma para sí” -aprehende- las ondas radioeléctricas para hacer uso de ellas en telecomunicaciones ilegales, al margen del ordenamiento jurídico público -el espacio radioeléctrico es un recurso natural de titularidad estatal-, y esa actividad tiene un indudable contenido económico, por lo que es posible estimar que produce una disminución patrimonial al Estado; por la actividad de radiodifusión el Estado cobra el canon respectivo (véase, sobre

este punto, el Decreto Supremo número 016-2010-MTC, de treinta de marzo de dos mil diez). En esta línea se entiende por sustracción toda conducta que lleva a cabo el sujeto activo en virtud de la cual arranca o aleja el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, y esto sucede cuando se trata del espacio radioeléctrico y se utilizan equipos para captar ondas sin la autorización del Estado.

Las propias características del espacio radioeléctrico, desde luego, toma muy difícil la valuación económica del perjuicio. Empero, éste puede concretarse en función a los actos de utilización ilegal y a otros factores, que corresponde fijar a la ley de la materia -en función al canon dejado de percibir-, que dicen de las especiales peculiaridades del espacio radioeléctrico.

Existe, pues, base jurídica y político criminal para el castigo penal. La tipicidad es precisa y tiene auxilio en la legislación de telecomunicaciones. El principio constitucional de legalidad, en cuanto a los requisitos de “ley escrita, ley previa, ley estricta o cierta” se ha respetado. El bien jurídico tutelado en esta modalidad de atentado patrimonial está definido y justificado constitucionalmente. Su desarrollo legal está, igualmente, consolidado desde las exigencias del derecho penal.

El motivo no puede prosperar.

**TERCERO.** Que, en lo referente a la vulneración de la libertad domiciliaria en relación a la diligencia de entrada y registro, que daría lugar a una prueba ilícita, se tiene que el Supervisor General de Control y Supervisión de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó al juez penal de Sánchez Carrión la medida de allanamiento e incautación, requerimiento que tiene sustento en la Resolución Directoral número 821-2013/MTC/29, de dieciséis de agosto de dos mil trece. En la parte expositiva de la resolución cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, se indicó que el inmueble concernido está ubicado en jirón Sánchez Carrión número doscientos setenta y seis guion doscientos setenta y ocho -Huamachuco, Sánchez Carrión - La Libertad, donde opera la Radiodifusión RTC TRV guion VHF RTC de propiedad del imputado R.L. Empero, en la parte considerativa (duodécimo fundamento jurídico) se indica que la ubicación de la planta de esa emisora se encuentra en el jirón José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos -Cerro Santa Bárbara, y que según la indicada resolución directoral los dos locales ya mencionados forman una unidad.

Es verdad que en la parte resolutive solo se hizo referencia al primer inmueble o local, pero es evidente que, si las actuaciones administrativas comprendían el conjunto de la

actividad de telecomunicaciones, bajo el cargo de su presunta ilegalidad -y así se menciona en la parte considerativa del auto cautelar-, era obvio que el local donde quedaba la planta emisora también sería objeto de la referida medida cautelar. Esa omisión del juez -en la parte resolutive- no significa que la medida cautelar no comprendiera toda esa actividad de radiodifusión. El conjunto de las actuaciones administrativas, previas a dicha resolución, alcanzaban al local ubicado en el jirón José Pardo. En ese local es donde se encontraron los equipos incautados y se encontraba quien se desempeñaba como locutor, el señor E.S., con quien se entendió la diligencia, conforme al acta de fojas dieciséis.

Cabe enfatizar, primero, que la medida de allanamiento e incautación tiene un sustento legal específico: los artículos 86º y 96º-98º, en concordancia con el artículo 77º, de la Ley de Radio y Televisión número 28278, de dieciséis de julio de dos mil cuatro; segundo, que el procedimiento especial que prevé el referido dispositivo legal se respetó cumplidamente -sobre el que ni siquiera existe cuestionamiento de parte-; y, tercero, que la resolución del juez está debidamente motivada -respetó el canon tanto de (i) proporcionalidad (presupuestos generales: legalidad o tipicidad procesal y jurisdiccionalidad, y requisitos generales: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad), cuanto de (ii) intervención indiciaria-.

Por último, la omisión en la indicación expresa de la ubicación de la planta emisora -donde precisamente se hallaron los equipos finalmente incautados-, no constituye un vicio constitucional que origina la ilicitud del allanamiento y de la propia incautación y, por ende, la inutilizabilidad de la fuente de prueba obtenida por ese medio (supuesto de prueba inconstitucional). Fluye de la propia resolución que implícitamente la comprende y, por ende, no significa que se incurrió en una vulneración de la legalidad constitucional -el sentido del petitorio y el objeto de la autorización judicial cuestionada, en estricto derecho, comprendió el citado local, que por lo demás integraba una misma unidad de radiodifusión-. El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Si bien la persona indicada como titular del predio no se encontraba, tal situación no es trascendente pues lo esencial es la identificación del domicilio -la razón es clara: “no siempre es posible saber quién *es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o guarda elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo*” (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda -en adelante, STSE- de veinte de mayo de mil novecientos noventa y seis). Incluso el error en el número de la vivienda es intrascendente si la vivienda queda suficientemente

individualizada (conforme: STSE de dieciocho de junio de dos mil diez). Si esto es así, en la medida en que se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado - así consta de la parte considerativa del auto judicial cuestionado-, y si bien arrojó resultados positivos el segundo local, cuya indicación no se señaló en la parte resolutive pero sí en la parte considerativa, tal omisión tampoco es trascendente para apreciar infracción constitucional.

El motivo debe desestimarse.

**CUARTO.** Que, en lo atinente a la infracción al principio de congruencia o correlación entre acusación y sentencia, se tiene lo siguiente:

1. La acusación escrita de fojas noventa y siete, en su Sección II “Relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado”, puntualizó que los hechos consisten en que el veintiocho de noviembre de dos mil trece, en cumplimiento de la Resolución Directoral número ochocientos cincuenta y cinco guión dos mil trece guión MTC guión veintinueve, de diecisiete de mayo de dos mil trece, se ejecutó una medida cautelar en la calle José Pardo sin número, Barrio Los Pajaritos, Cerro Santa Bárbara – distrito de Huamachuco, donde se ubica la estación RTC TV. Es del caso que el señor E.E.S., en calidad de responsable y locutor de la citada estación, facilitó el ingreso al inmueble y admitió que no se tenía autorización para su funcionamiento. En el momento de la intervención la estación se encontraba emitiendo señal en canal trece. Se incautaron un excitador y amplificador. No se pudo incautar el transmisor porque fue escondido. Dicha estación de radiodifusión, según el informe número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC guión veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, es de propiedad del encausado R.L.
2. Los términos de la acusación escrita fueron reiterados por el Fiscal, como no podía ser de otra manera (artículo 371, numeral 2 del Código Procesal Penal), en la exposición inicial de la acusación –en el alegato de apertura o preliminar– de fojas ochenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. El Fiscal insistió en la fecha del acto de intervención cautelar con presencia del Ministerio Público y que el imputado R.L. era el propietario de la estación de televisión cuestionada. Agregó que con las pruebas documentales referidas a las diligencias del procedimiento administrativo sancionador acreditaría los cargos. En esos mismos términos se concretó la acusación oral (artículo 387, numeral 1 del Código Procesal Penal).

3. La sentencia de primera instancia, sin embargo, extiende el hecho imputado a partir del año dos mil ocho. Sobre el particular, la sentencia de vista en su fundamento jurídico vigésimo acotó que si bien es verdad que la narración fiscal de los hechos se circunscribió a la intervención del veintiocho de noviembre de dos mil trece, también lo es que la acusación “...narra igualmente que dicha actividad cautelar tiene su base en los informes y expedientes sancionatorios anteriores, los cuales se remiten no al año 2013, sino desde el año 2008 hasta la data de la intervención; en los cuales se señala expresamente como propietario al acusado”. Tal razonamiento llevó a la Sala Superior a desestimar el agravio vinculado a la vulneración del principio acusatorio.

**QUINTO.** Que el principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal, a su vez, en la requisitoria oral debe mantener la identidad esencial del hecho objeto de acusación escrita –los hechos básicos– (artículo 387 numeral 1 y 3, del Código Procesal Penal) –está prohibido, por tanto, las alteraciones esenciales, no meramente formales (conforme.: STSE de diez de mayo de 2007)–. Solo se podrá variar, en este extremo objetivo, las modalidades del suceso y sus circunstancias, las que no modifican esencialmente la imputación ni provocan indefensión, como indica el señalado apartado 3) del artículo 387 del citado Código.

En la sentencia impugnada se parte de estimar que el delito sub-judice es un delito permanente y que, por las actuaciones administrativas, se entiende que el hecho delictivo se inició en dos mil ocho. Sin embargo, extender el suceso histórico objeto de acusación a fechas anteriores, sin discriminar que el propio Fiscal diferenció entre hechos imputados y elementos de convicción –indicación de la prueba documental que sustentaría los cargos–, importó una alteración esencial de la identidad del hecho. No se trató de agregar (i) una circunstancia –que son datos fácticos que están alrededor del hecho principal y que importan una agravación o atenuación de la respuesta punitiva– o introducir (ii) algunos detalles fácticos que mejor expliquen o perfilen el mismo suceso histórico, en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido (conforme: STSE número 351/2012, de siete de mayo de dos mil doce) –siempre, claro está, que estas circunstancias o datos fueron materia de debate, conforme a la prueba practicada en el juicio oral, y que las circunstancias “contra reo” sean asumidas por la fiscalía–.

Introducir, como parte del objeto procesal, otras fechas y señalar que la conducta realizada por el imputado R.L. tuvo lugar en momentos anteriores al tiempo de la medida cautelar –

muchos años atrás–, bajo la justificación de que ésta integró un mismo suceso típico y ello consta de la prueba documental recabada en la etapa de investigación preparatoria, no es de recibo. Es verdad que es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos. El límite es que éstos sean de carácter accesorio respecto del hecho imputado, que incrementen la calidad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido (conforme: STSE número 58/2015, de diez de febrero de dos mil quince). Es evidente que extender judicialmente el tiempo de comisión del delito y derivarlo años atrás, con el pretexto de su supuesta comisión permanente, no importa un elemento accesorio o meramente secundario al hecho principal, sino extender un suceso histórico, con todo lo ello significa, en relación a hechos, pruebas y alegación sobre ambos. Luego, los hechos objeto de acusación y los hechos materia de condena se alteraron en su esencia –lo que introdujo la sentencia no fueron elementos episódicos, periféricos o de mero detalle (conforme: STSE número 849/2013, de doce de noviembre de trece)–.

Este motivo debe ser estimado. Solo cabe un examen respecto de los hechos específicamente acusados.

**SEXTO.** Que, en lo concerniente a la relevancia de la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el procedimiento administrativo sancionador que se siguió contra el imputado por los hechos que dieron lugar al auto cautelar de fojas diez, de veintiséis de noviembre de dos mil trece, es de rigor apuntar lo siguiente:

1. La autoridad administrativa, en mérito a los Informes número cuatro mil cuatrocientos sesenta y uno guión dos mil doce guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de diecisiete de octubre de dos mil doce, de fojas tres; acta de inspección técnica número cero uno cuarenta ocho uno guión dos mil doce, de dieciocho de setiembre de dos mil doce, de fojas cinco; Informe número mil cuatrocientos veintisiete guión dos mil trece guión MTC oblicua veintinueve punto cero dos, de seis de mayo de dos mil trece; y, acta de inspección técnica número cero cero cuarenta y ocho guión dos mil trece de dieciséis de abril de dos mil trece, emitió la Resolución Directoral número cuatro mil doscientos cuarenta guión dos mil trece guión MTC, de veintisiete de diciembre de dos mil trece, de fojas treinta y cuatro, que inició procedimiento administrativo sancionados contra el imputado Rebaza López por la vulneración del artículo 77, numeral a), de la Ley de Radio y Televisión. Los cargos se ampliaron mediante Resolución Directoral

número dos mil trescientos setenta y dos guión dos mil catorce guión MTC oblicua veintinueve, de quince de setiembre de dos mil catorce, de fojas treinta y uno. La primera se refirió a “prestación de frecuencia del servicio radiodifusión sonora sin autorización” y la segunda se circunscribió a “prestación de frecuencia del servicio de radiodifusión por televisión sin autorización”.

2. En ese procedimiento el imputado, por escrito de descargo de fojas setenta y dos, de cuatro de febrero de dos mil catorce, siempre alegó no haber participado en ninguna actuación de la Administración y que no es propietario de la Estación intervenida.
3. La Resolución Directoral, firme, número tres mil cuatrocientos ochenta y cinco guión dos mil catorce guión MTC guión dos mil nueve, de veintitrés de diciembre de dos mil catorce, empero, absolvió al encausado R.L. –no se probó que era propietario de la estación intervenida– y sancionó, por el contrario, a L.A.P.C., quien reconoció expresamente ser titular y propietario de la aludida estación. El oficio número mil quinientos dieciocho guión dos mil quince guión MTC guión veintinueve, de ocho de abril de dos mil quince, de fojas noventa, dio cuenta que la indicada Resolución Directoral quedó firme.

**SÉPTIMO.** Que si bien el procedimiento administrativo sancionador se inició con anterioridad al proceso penal –este último se planteó a raíz de la acusación directa de fecha trece de octubre de dos mil catorce [fojas noventa y siete]–, la resolución administrativa final se emitió con posterioridad a la sentencia de primera instancia –la sentencia de vista se profirió luego que esa resolución administrativa quedara firme–.

La primacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo es una premisa jurídica insoslayable (artículo III, primer párrafo, última oración, del Título Preliminar del Código Procesal Penal) y, por tanto, cuando paralelamente se siguen, por los mismos hechos, un procedimiento penal y un procedimiento administrativo, el último depende del primero en cuanto a la declaración de hechos probados –distinto será el caso, desde luego, si la jurisdicción penal se inicia con posterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, en cuya virtud para evitar la lesión al “*ne bis in idem*” será de rigor determinar si existe entre ambos procedimientos “unidad de fundamento” o de bien jurídico tutelado–.

**OCTAVO.** Que el criterio-base para definir el juicio histórico es si el imputado R.L. tenía el control de la estación concernida al momento de la intervención administrativa, según

los términos fijados en el quinto fundamento jurídico. La Administración estimó que no era propietario y, por tal razón, absolvió. La jurisdicción penal, en primera y segunda instancia, consideró lo contrario, aunque indebidamente extendió los hechos en que se ejecutó el delito. Cabe aclarar que la sentencia de vista no dio mérito al contrato de traspaso de canal de televisión RTC-TV-Canal trece que el imputado celebró con L.A.P.C. –de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuarenta y uno– por no ser conforme con la legislación sobre la materia.

La propia Administración entendió que era posible estimar que el imputado R.L. era propietario de la estación intervenida –los argumentos de defensa siempre han sido los mismos en las dos esferas jurídicas–. Ésta tiene a su cargo todo el sistema jurídico referido a las autorizaciones y mecanismos de transferencia a tercero de las licencias otorgadas. De su parte, no calificó como inexistente ese contrato.

**NOVENO.** Que debe entenderse que el contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.

Así las cosas, afirmar que no se tenía control de la estación intervenida y, por ende, que no se llevó a cabo los actos reputados delictivos, puede acreditarse con prueba documental, pericial o personal –según los casos–. P.C. aceptó esa calidad en sede administrativa –fue sancionado y no impugnó la multa impuesta–; incluso respondió frente a las denuncias laborales de cuatro trabajadores de la Estación intervenida –así fluye de los escritos anexos al escrito de fojas doscientos cincuenta y dos, auto de fojas doscientos setenta y dos, y escritos anexos al escrito de fojas doscientos noventa y seis, todos admitidos por la autoridad jurisdiccional–. No existe prueba en contrario que niegue esa afirmación del imputado. No hay suficiencia probatoria, desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, y, en todo caso, existe duda razonable acerca de que el imputado R.L. tenía el control de la estación intervenida y, como tal, utilizó ilegalmente –él o a través de otras personas a su servicio– el espectro electromagnético. El material probatorio que tuvo a la vista el órgano jurisdiccional no permitía una decisión distinta a la asumida por la Administración.

El motivo debe estimarse y así se declara. Procede, entonces, al no ser necesaria una nueva audiencia o debate para definir el resultado de la causa (artículo 433 numeral 1 del Código Procesal Penal), absolver al imputado de la acusación fiscal.

## DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por C.A.R.L. por los motivos de vulneración de precepto material y de inobservancia de precepto constitucional en relación a la vulneración de la libertad domiciliaria (artículo 2 numeral 9 de la Constitución) y a la correspondiente ilicitud de la diligencia de allanamiento e incautación. **II. Declararon FUNDADO** el recurso de casación planteado por C.A.R.L. por el motivo de inobservancia de precepto constitucional en relación al debido proceso –artículo 139 numeral 3 de la Constitución y artículo 397 numeral 1 del Código Procesal Penal– (vulneración del principio de congruencia procesal o correlación) y a la relación entre decisión administrativa y sentencia. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos diecinueve, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis; y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta, de dos de noviembre de dos mil quince, que condenó a C.A.R.L. como autor de delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado – Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, así como al pago de dos mil soles con cincuenta céntimos por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. **III. ABSOLVIERON** a C.A.R.L. de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de hurto agravado de espectro de radio eléctrico en agravio del Estado – Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En tal virtud, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente respecto del citado imputado y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales; sin costas. **IV. DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal Superior para los fines de ley. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene la señora jueza suprema Zavina Chávez Mella por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

**S.s.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHÁVEZ MELLA

CSM/abp

## ANEXO 5

### MATRIZ DE CONSISTENCIA LOGICA

#### TÍTULO

**Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad - Lima. 2018**

	<b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN</b>
<b>GENERAL</b>	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial de La Libertad - Lima, 2018?	Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 234-2017, del Distrito Judicial La Libertad- Lima. 2018
<b>ESPECIFICOS</b>	<b>Sub problemas de investigación / problemas específicos</b> (no se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis-informe sólo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos)	<b>Objetivos específicos</b> (son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	<b><i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i></b>	<b><i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i></b>
	¿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.
	<b><i>Respecto a las técnicas de interpretación</i></b>	<b><i>Respecto a las técnicas de interpretación</i></b>
	¿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)*

**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)*

**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)*

## **2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN**

### **2.1. 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 tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.** *(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)*

### **2.2. 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.**

### **2.3. 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)*