



---

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, EN EL EXPEDIENTE N° 0421-  
2015 DEL DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA –  
LIMA, 2019.**

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

**AUTORA  
ONOFRE MANSILLA ARACELI ASTRID  
ORCID: 0000-0003-4492-6465**

**ASESOR  
Mgtr. QUISPE LOZANO IVAN ROLANDO  
CÓDIGO ORCID: 0000-0001-7826-4370**

**LIMA – PERÚ  
2019**

## **EQUIPO DE TRABAJO**

### **AUTOR**

**ONOFRE MANSILLA ARACELI ASTRID**

**ORCID: 0000-0003-4492-6465**

Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Pregrado, Facultad de  
Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho  
Lima – Perú

### **ASESOR**

**Mgr. QUISPE LOZANO IVAN ROLANDO**

**CÓDIGO ORCID: : 0000-0001-7826-4370**

Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, Facultad de Derecho y Ciencia Política,  
Escuela Profesional de Derecho  
Lima – Perú

### **JURADO**

**Dr. PAULETT HUAYON DAVID SAUL**

**CÓDIGO ORCID: 0000-0003-4670-8410**

**Mgr. ASPAJO GUERRA MARCIAL**

**CÓDIGO ORCID: 0000-0001-6241-221X**

**Mgr. PIMENTEL MORENO EDGAR**

**CÓDIGO ORCID: 0000-0002-7151-0433**

## **JURADO EVALUADOR**

**Dr. Paulet Huayon David Saul**  
**Presidente**

**Mgtr. Aspajo Guerra Marcial**  
**Miembro**

**Mgtr. Pimentel Moreno Edgar**  
**Miembro**

**Mgtr. QUISPE LOZANO IVAN ROLANDO**  
**Asesor**

## **AGRADECIMIENTO**

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

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

**ONOFRE MANSILLA ARACELI ASTRID**

## **DEDICATORIA**

A mis padres, por haberme dado el don de la vida, salud y educación, Dios los bendiga. A mis hermanos por su apoyo moral.

**ONOFRE MANSILLA ARACELI ASTRID**

## RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° **421-2015 AREQUIPA** del Distrito Judicial de Arequipa – Lima, 2019?; el objetivo general fue: Determinar las técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa. Es de tipo cuantitativo – cualitativo (Mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos, se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la incompatibilidad normativa no se presentó en la sentencia de la Corte Suprema, aplicándose para ello en forma inadecuada las técnicas de interpretación. Empero en cuanto al rubro de argumentación, como sistema de medición se utilizó las propuestas de Robert Alexy y Manuel Atienza, ante ello se evidenció la eficiencia en cuanto a la redacción argumentativa y proposición de razones a través de las máximas de la experiencia.

Palabras clave: interpretación; motivación; impugnación y sentencia.

## **RESUMEN**

The investigation had as a problem: How are the interpretation techniques applied in the regulatory incompatibility, coming from the Supreme Court Judgment, in the file No. 421-2015 AREQUIPA of the Judicial District of Arequipa - Lima, 2019 ?; The general objective was: To determine the interpretation techniques applied in the regulatory incompatibility. It is quantitative - qualitative (Mixed); exploratory level - hermeneutic; Dialectical hermeneutical method design. 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 an instrument a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the regulatory incompatibility was not presented in the Supreme Court ruling, and interpretation techniques were applied accordingly. However, as regards the item of argumentation, the proposals of Robert Alexy and Manuel Atienza were used as a measurement system, in view of this, efficiency was evidenced in terms of argumentative writing and proposition of reasons through the maxims of experience.

Keywords: interpretation; motivation; challenge and sentence.

# CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
Título de la tesis.....	i
Hoja de firma del jurado y asesor.....	ii
Hoja de agradecimiento.....	iii
Resumen.....	iv
Abstract.....	v
Índice (Contenido).....	vi
Índice de cuadro.....	viii
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>II. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....</b>	<b>5</b>
2. 1 Antecedentes.....	5
2. 2. Bases Teóricas .....	8
2. 2. 1. Papel del Juez en el Estado de derecho .....	8
2. 3. Conflictos Normativos.....	9
2. 3. 1. Antinomias (conflictos normativos).....	10
2. 3. 2. La colisión entre principios. ....	14
2. 4. Técnicas de interpretación .....	24
2. 4. 1. Interpretación jurídica. ....	24
2. 4. 2. La integración jurídica (Lagunas del derecho).....	38
2. 4. 3. Argumentación jurídica .....	53
2. 5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial .....	84
2. 5. 1. Derechos Fundamentales.....	84
2. 5. 2. Razonamiento judicial. ....	88
2. 6. La sentencia casatoria penal .....	90
2. 6. 1. Concepto.....	90
2. 6. 2. La sentencia penal .....	90
2. 6. 3. La sentencia y la motivación. ....	91
2. 6. 4. Recurso de casación .....	92
2. 7. Derechos involucrados de acuerdo con el caso .....	107
2. 7. 1. Derecho a la debida motivación .....	107
2. 7. 2. La doctrina jurisprudencial.....	117
2. 8. Marco Conceptual.....	123



2. 9. Sistema de Hipótesis.....	126
<b>III. METODOLOGÍA.....</b>	<b>127</b>
3. 1. Tipo y Nivel de investigación.....	127
3. 1. 1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa (mixta).....	127
3. 1. 2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico .....	127
3. 2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico .....	128
3. 3. Población y Muestra .....	128
3. 4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores .....	129
3. 5. Técnicas e instrumentos.....	131
3. 6. Plan de análisis .....	131
3. 6. 1. La primera etapa: abierta y exploratoria.....	131
3. 6. 2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos. 131	
3. 6. 3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático .....	132
3. 7. Matriz de consistencia .....	133
3. 8. Principios éticos.....	137
3. 8. 1. Consideraciones éticas.....	137
3. 8. 2. Rigor científico .....	137
<b>IV. RESULTADOS .....</b>	<b>138</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>213</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>207</b>
ANEXO 1 .....	221
Cuadro de operacionalización de las variables.....	221
ANEXO 2 .....	224
Cuadros descriptivos del procedimiento .....	224
ANEXO 3 .....	233
Declaración de compromiso ético .....	233
ANEXO 4 .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Sentencia de la Corte Suprema.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
ANEXO 5 .....	252
Matriz de consistencia .....	252
ANEXO 6 .....	254

## ÍNDICE DE CUADROS

	<b>Pág.</b>
<b>RESULTADOS .....</b>	<b>138</b>
Cuadro 1: .....	138
Cuadro 2: .....	169
Consolidado de la sentencia de la Corte Suprema.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Cuadro 3: .....	202

## I. INTRODUCCIÓN

La formulación del presente informe, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 014 (ULADECH, 2019), Aprobado por Consejo Universitario con Resolución N°1471-2019-CU-ULADECH Católica, de fecha 28 de noviembre del 2019 y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razones por el que, se denomina "Técnicas de interpretación aplicadas a las incompatibilidades normativas, proveniente de las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú, 2019" (ULADECH, 2019), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú.

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

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

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

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

En el presente estudio, de los datos del expediente, se desprende que mediante recurso de sentencia casatoria N°**421-2015 AREQUIPA**, el colegiado supremo se pronunció luego de la interpretación realizada del modo siguiente (parte decisoria):

Por estas razones: **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de vista del veintinueve de diciembre del dos mil catorce, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del código Procesal Penal. **CASARON** la sentencia del veintinueve de diciembre de dos mil catorce que resolvió: "Confirmar la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pomelo De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa -grado tentativa-, y asimismo autores del delito de Asociación ilícita para delinquir. Así como confirmó declarar cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa -grado tentativa. y, actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo **REVOCARON** la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa. Así como en el extremo que declaró cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el citado delito. Y, **REFORMÁNDO DECIDIERON**:

**ABSOLVER** a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio en su \ modalidad de Estafa. Asimismo; se absolvió a Marco Antonio Zuñiga Herrera, de la imputación de cómplice secundario por el citado.

**DISPUSIERON** que se archive el proceso definitivamente en lo que a este extremo se refiere, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales correspondientes.

**CONFIRMAR** la condena impuesta a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas por delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-. **Y, CONFIRMAR** el extremo de la pena impuesta de 5 años de pena privativa de libertad, por el citado delito.

**ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencia vinculante, los fundamentos jurídicos VIGÉSIMO NOVENO A TRIGÉSIMO TERCERO de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia precisa al efecto extensivo del recurso de casación.

**ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber. Interviene la señora Juez Supremo Chávez Mella, por goce vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.

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

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° **421-2015 AREQUIPA** del Distrito Judicial de Arequipa – Lima, 2019?

**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, en el expediente N° **421-2015 AREQUIPA**, del Distrito Judicial de Arequipa, Lima 2019.

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

1. Determinar la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta los conflictos normativos, en función de las antinomias.
2. Determinar la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la colisión de principios, en función de la ponderación.

3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación, en función de sujetos, resultados, y medios.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación jurídica, en función del discurso racional de Robert Alexy y propuesta de Manuel Atienza.

Debemos considerar que el presente trabajo de investigación nos lleva a ver una problemática de la realidad social, donde encontramos las técnicas de interpretación ante la incompatibilidad normativa realizadas por la Corte Suprema (trasuntadas en sus sentencias), carecen de estas, además reflejan la ausencia de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales.

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

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

## II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

### 2.1 Antecedentes

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

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

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

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



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

## **2. 2. Bases Teóricas**

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

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

Históricamente para Gascón Abellán (2003), el Estado de derecho o Estado legislativo nace como consecuencia de la Revolución francesa, con el objetivo de garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y terminar con los privilegios del clero y de la nobleza; así el Estado se organizó en función de la separación de poderes y sumisión del poder al derecho para garantizar los derechos, a tal punto que la administración pública y el juez estaban sometidos a la ley, lo que significaba que estos entes para su actuación requerían previa habilitación del legislativo, así, para el caso de la administración de justicia regía el principio todo lo que no está permitido está prohibido y para el caso del Juez su actuación sería aceptable siempre que verse exactitud con la ley, y en expresión de Montesquieu el Juez es "la boca que pronuncia las palabras de la ley", y si bien se brindó cierta independencia a este poder del Estado –con relación a la certeza, previsibilidad, igualdad y uniformidad jurisprudencial-, pero debía estar vinculada a la ley, es decir, subordinados a las leyes emanadas del legislativo, sin que significase intromisión, pues se le concedió libertad y límites como que su administración debe estar apartado de la política y además la prohibición de tener militancia política (pp. 7 -9).

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

Siguiendo a Gascón Abellán (2003), en esta clase de Estado, la constitución deja de ser un trozo de papel o un mero documento político, tampoco es una directriz programática dirigidas al legislador, si no es una norma jurídica autentica, estando que incluso su origen es cualificada, por cuanto deviene del poder constituyente, entonces es una norma más alta

que la propia ley, por ende la ley debe estar sometida a la Constitución, de modo que ello se convierte en un parámetro de validez; así se explica, que el Estado legislativo supone la sumisión de la administración y del juez a la ley (al poder parlamentario o legislativo), mientras que en el Estado Constitucional ocurre que el legislador viene sometida a la Constitución, por ende la ley y las demás instituciones del sistema jurídico sometidos a la Constitución dada su condición de norma jurídica suprema, surgiendo de esta forma junto al principio de legalidad el principio de constitucionalidad. En ese entender el juez –Poder Judicial-, se encuentra vinculado a los derechos y principios constitucionales antes que a la ley (p. 10).

Continuando con Gascón Abellán (2003), el cambio a esta forma de Estado tiene dos consecuencias: i) Los jueces pueden (y deben) hacer valer la constitución en detrimento de la ley –significa que está obligado a aplicar las leyes constitucionales si entiende que la ley es constitucional y no aplicarla cuando es inconstitucional-; y ii) Las cartas constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que significa que el Juez aplica la ley constitucional en detrimento del legislador, es decir, que prima la cultura de los derechos, frente al poder, lo que se ha venido en denominarse garantismo (pp. 11 -13).

### **2. 3. Conflictos Normativos**

Esta circunstancia se plantea a partir de la duda sobre si existe la posibilidad que en un orden jurídico determinado es posible aplicar simultáneamente a un mismo caso dos o más normas, y a su vez contradictorias en si en la solución, con la consideración que solo una de ellas ha de ser aplicada (Huerta Ochoa, 2003, p. 50).

Consideraciones conceptuales.

Tradicionalmente se destaca dos grandes perspectivas de contradicción normativa: una que concibe fundamentalmente como un problema formal o referido al propio sistema normativo, en la medida que los conflictos evidencian que el sistema es defectuoso o inconsistente, a las que se denomina antinomias o contradicciones normativas o conflictos entre reglas (lógico-formal); y, la otra perspectiva, donde predomina el ámbito de la filosofía moral, consiste en analizar la cuestión desde la perspectiva del agente, que se encuentra frente al problema de que no puede determinar o justificar adecuadamente qué curso de la acción

tomar, lo que en doctrina se ha denominado conflicto entre principios (Martínez Zorrilla, 2015, pp. 1308 -1309).

### **2. 3. 1. Antinomias (conflictos normativos)**

#### **2. 3. 1. 1. Concepto.**

Alf Ross (como se citó en Martínez Zorrilla, 2015), concibe que existe antinomia cuando se acusan efectos jurídicos incompatibles ante la misma condición fáctica, por su parte Norberto Bobbio (citado por Martínez Zorrilla, 2015) se trata de la situación en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento además que tienen el mismo ámbito de validez acusan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas (p. 1310).

Para Guastini (2017), puede ocurrir que dos normas dispongan para un mismo supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias) singular y concreto, consecuencias incompatibles entre sí. Así explica que, en virtud de la primera norma, N1, el supuesto de hecho F tiene la consecuencia G; en virtud de una segunda norma, N2, el mismo supuesto de hecho F tiene la consecuencia no -G, y esta situación de conflicto entre normas se denomina antinomias (p. 531).

#### **2. 3. 1. 2. Clases de antinomias**

Siguiendo a Guastini (2017), señala que existen dos tipos de antinomias: *in abstracto* (o necesarias) e inconcreto (o contingentes):

Es *in abstracto*, cuando dos normas vinculan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos, es decir, a clases de supuestos de hecho concretos, que se superpongan (en todo o en parte) conceptualmente. Así, esta puede ser identificada en sede de interpretación textual, sin que se acuda a un supuesto de hecho en concreto, por ello dependen de la estructura conceptual del discurso de las fuentes.

Es *in concreto*, cuando en sede de aplicación de normas, se advierte que dos normas vinculan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto de hecho concreto. Esto ocurre toda vez que en un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos conceptualmente independientes para los cuales el derecho disponga consecuencias jurídicas incompatibles, así estos dependen de la estructura del mundo (pp. 532 -533).

A su vez Guastini (2017), distingue dos tipos de antinomias las totales y parciales:

Es total, cuando ambas normas vinculan consecuencias incompatibles a la misma clase de supuestos de hecho (una norma lo califica como lícito y otra norma lo califica como ilícito).

Es parcial, en ella hay dos supuestos: El primero, unilaterales, puede ocurrir que la clase de supuesto de hecho regulada por una norma esté totalmente incluida en la clase de supuestos de hecho regulada por la otra (La norma N1 prohíbe el aborto, la norma N2 permite el aborto terapéutico, entonces no se dan antinomias cuando está en discusión abortos no terapéuticos (norma N1), pero si habrá antinomia cuando está en discusión abortos terapéuticos que son permitidos por la norma N2, pero prohibidos por la norma N1); el segundo, bilaterales, puede ocurrir que ambas clases de supuestos de hecho se intersequen, de manera que algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho regulados por una norma coincidan con algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho regulados incompatiblemente por la otra (la norma N1 prohíbe la caza del jabalí y la liebre, la norma N2 permite la caza de la liebre y el lobo, no hay discusión en la caza del jabalí (N1) o del lobo (N2), seda la antinomia cuando está en discusión la caza de la liebre (N1 prohíbe y N2 que permite) (pp. 534 -535).

### **2. 3. 1. 3. Antinomias e interpretación.**

De acuerdo con Guastini (2017), tradicionalmente, los conflictos entre normas son discutidos bajo la óptica de la interpretación, como si la solución fuese un problema de interpretación, pero ello no es así, solo existe una relación estrecha, así se precisa de acuerdo con lo siguiente:

- Una antinomia puede ser evitada, prevenida, mediante una conveniente interpretación, es decir, las normas pueden ser interpretadas como si expresen normas incompatibles entre sí.
- Una antinomia puede ser producida mediante interpretación.
- No se dan antinomias antes de la interpretación, se presentan luego de la interpretación.

## **2. 3. 1. 4. Formas de solución de antinomias**

### **2. 3. 1. 4. 1. Criterios tradicionales.**

Siguiendo a Huerta Ochoa (2003), informa que esta modalidad en un caso de conflicto normativo, se resuelve en función de la norma que satisfaga el mayor número de criterios de prevalencia. Así, se tiene a los siguientes:

- a) El de jerarquía. Confiere prevalencia al enunciado normativo de rango superior con relación a la subordinada (principio jerárquico: la norma superior invalida la inferior -*lex superior derogat legi inferiori* -).
- b) El de especialidad. Es la que regula una materia específica (principio de especialidad -*Lex specialis derogat legi generali*).
- c) El temporal o cronológico. Concede prevalencia a las normas más recientes frente a las precedentes (principio de temporalidad -*lex posterior derogat legi priori*-) (p. 162).

### **2. 3. 1. 4. 2. Criterios adicionales de solución.**

En términos de Huerta Ochoa (2003), estos son opciones adicionales que el jurista en un caso puede usar, como herramienta en el procedimiento de decisión.

- a) La interpretación. Esta herramienta interpretativa sirve para dar solución o en su caso eludir los conflictos normativos. Esta actividad interpretativa presenta dos sentidos, una es la actividad interpretativa como procedimiento (sirve para identificar las normas previstas en los enunciados normativos que están en conflicto y sí son principios o reglas) y otro es la actividad interpretativa como producto-resultado (consiste en elegir entre los significados posibles, por ejemplo, se tiene la jurisprudencia pues tiene una función y un significado). La actividad interpretativa a su vez, debe cumplir los presupuestos de completitud, coherencia, consistencia e independencia del sistema jurídico y principalmente los significados interpretativos no deben ser contrarios a la Constitución. Entonces la interpretación no solo permite conocer el significado de los enunciados normativos, si no también evita y resuelve los conflictos normativos (pp. 175 a 181).

- b) La justificación. Para generar la seguridad en la aplicación de normas, se requiere que la decisión jurídica sea fundamentada con razones de índole normativo y práctico. Alexy (citado por Huerta Ochoa, 2003), sostiene que el discurso jurídico es la justificación de la decisión jurisdiccional, la misma que se desarrolla en dos planos: el interno, que consiste en establecer si la decisión sigue un orden lógico de las premisas (deductivo); y, el externo, implica verificar la corrección de las premisas (p. 182). Con lo cual, se soluciona los conflictos normativos.
- c) Los principios. Constituye uno de los criterios para dar solución a un conflicto, por cuanto es fuente formal del sistema jurídico. Es importante distinguir, las normas como principios en virtud de su operatividad y los principios generales del derecho que operan como reglas jurídicas válidas y se aplican exclusivamente en el ámbito jurídico, pues sirven al Juez como fuente autoritativa o sustantiva para resolver un problema (p. 192).

En términos de Guastini, para resolver las antinomias se recurre a las técnicas de interpretación que a continuación se detalla:

- a) Interpretación sistemática. Es aquella interpretación que previene las antinomias en el ámbito de un texto normativo individual (la Constitución, un código, una ley), evitando extraer de la disposición que lo componen, normas que entren en conflicto entre sí, es decir, de todas las interpretaciones se excluye aquella que la haría incoherente.
- b) Interpretación adecuada. Es aquella interpretación que previene las antinomias entre textos normativos diferentes y, en especial, entre textos normativos ordenados jerárquicamente entre sí -una ley con la Constitución-, o axiológico -una disposición y un principio general-, evitando extraer del texto normativo subordinado normas que entrarían en conflicto con las normas del texto normativo supra ordenado.
- c) El argumento a contrario. Es aquella interpretación que excluye la interpretación extensiva (o analógica), es decir, se excluye que la disposición interpretada se extienda a supuestos de hecho, no incluidos en su tenor literal, que (hipotéticamente) son regulados de manera incompatible por otra disposición.

- d) Interpretación restrictiva. Es aquella interpretación que restringe, circunscribe, el significado prima facie de una disposición, de manera que excluye de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, quedarían comprendidos.
- e) El criterio de especialidad. Esta interpretación supone dos variantes: primero, se basa en una técnica de composición de las antinomias que se aplica en presencia de una antinomia entre dos normas que mantienen entre sí una relación de regla a excepción (es unilateral), lo que significa que una de ellas será exceptuada por obra de la otra, es decir, la norma específica exceptúa a la norma general; y, la segunda variante, se basa en una técnica de composición de las antinomias que se aplica en presencia de una antinomia entre dos normas cuyos campos de aplicación se superponen parcialmente (bilateral), aquí no es el caso de la presencia de una norma especial con otra general, se trata de normas generales, cuyos campos de aplicación se intersecan, donde una de ellas cederá a la otra de acuerdo con el contexto (Guastini, 2017. pp. 537 -544).

### **2. 3. 2. La colisión entre principios.**

#### **2. 3. 2. 1. Consideraciones.**

Siguiendo a Martínez Zorrilla (2015), las antinomias clásicas (conflicto de reglas) y los conflictos constitucionales son dos realidades distintas -el conflicto entre principios es básicamente constitucional, engloba los derechos fundamentales, valores constitucionales y bienes constitucionalmente protegidos-, las diferencias se centran en tres aspectos principales:

Primero, por el tipo de elementos normativos que entran en colisión: en las antinomias el conflicto es entre reglas; en el caso de los principios el conflicto es entre derechos, bienes, valores, etc.

Segundo, en cuanto a la estructura del conflicto: se afirma que entre los principios en juego no existe incompatibilidad lógica (contradicción), si no el conflicto responde a las circunstancias específicas del caso en concreto, es decir, las normas son lógicamente compatibles y son aplicables, solo que no pueden ser simultáneamente satisfechos (Guastini lo denomina conflicto in concreto); y,



Tercero, los mecanismos adecuados o necesarios para su solución son distintos, es decir, para las antinomias se usa el control de jerarquía, el cronológico y de especialidad, pero para el caso del conflicto de principios se utiliza la ponderación (pp. 1326 -1327).

### **2. 3. 2. 2. Diferencia entre reglas y principios.**

En términos de Martínez Zorrilla (2015), señala que existe un concepto uniforme o generalizado para los conflictos constitucionales (conflictos entre principios), donde los elementos normativos involucrados son los derechos, bienes, intereses, valores, etc., por ello no son reglas; así citando a Ronald Dworkin, para definir la diferencia, señala que las reglas tienen sus condiciones de aplicación cerradas, por ello, tienen un esquema de aplicación de tipo todo o nada (las condiciones se dan y se aplica, de lo contrario no), mientras que los principios tienen sus condiciones de aplicación abiertas y cuentan con una dimensión de peso, es decir, ofrecen razones para inclinar la balanza hacia una solución en particular. Sobre la diferencia de reglas y principios no siempre las propuestas son compatibles, así para G.H. Von Wright (citado por el autor), las reglas son normas hipotéticas, mientras los principios son categóricos; por su parte Robert Alexy (citado por el autor), sostiene que los principios son mandatos de optimización. En definitiva, existe consenso al calificar a los principios, como referentes a derechos fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, etc. (p. 1330)

Otra distinción en correlato a la anterior es la ofrecida por Guastini (2014), quien dice una regla es un enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos, se representa así: «Si F, entonces G»; mientras que el principio se presenta a través de dos características: una fundamental, tiene que ver con la posición en el ordenamiento jurídico, pues dan una justificación axiológica, y por otro, son justas y correctas, y sujeta a una peculiar forma de indeterminación, es decir, es una norma con supuesto de hecho abierto, o normas derrotables o normas genéricas (pp. 185 -186).

### **2. 3. 2. 3. La ponderación como fórmula de solución.**

#### **2. 3. 2. 3. 1. Concepto.**

Siguiendo a Martínez Zorrilla (2015), a través de la expresión "ponderación" se hace uso de una metáfora, según la cual los elementos en conflicto son "pesados" en una balanza a fin de establecer cuál tiene mayor peso en una circunstancia en particular (2015, p. 1334). Esto es, una idea para poder priorizar o dar preferencia a un principio con relación al otro.

En la doctrina existe dos posiciones sobre la ponderación, los que la conciben como un proceso racional, o susceptible de ser racionalmente justificado, y quienes rechazan esa posibilidad y entienden que se trata de una actividad discrecional o, más genéricamente, no sujeta a los parámetros de control racional (p. 1335).

Estos dos criterios (que a su vez engloban a otras) se presentan del siguiente modo:

a) Como proceso racional, en ella se concibe la idea particularista y universalista:

La concepción particularista (casos concretos). Son concebidos como casos individuales, por lo que ni las razones que justifican la decisión ni esta misma son extrapolables a otros casos individuales, aunque sean similares. Este concepto proviene del ámbito de la filosofía moral, y afirma que para toda situación (individual) hay una respuesta correcta, justificada racionalmente teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias del caso, entonces no hay dos casos exactamente iguales, todos son únicos e irrepetibles, no es posible establecer reglas generales acerca de la determinación de la respuesta correcta, dependen de las circunstancias del caso.

La concepción universalista. Se plantea que los casos de conflicto sobre lo que hay que decidir se conciben, más allá del caso individual al que los tribunales deben dar una respuesta, como casos genéricos, esto es, definidos por ciertas propiedades que resultan relevantes para determinar la solución en uno y otro sentido. La aplicación de las reglas se extiende a los casos futuros que compartan las mismas propiedades relevantes.

b) Como actividad discrecional, en ella se concibe la concepción intuicionista y escéptica:

La concepción intuicionista. Conciben que el proceso ponderativo no se puede "parametrizar" de manera que siga un conjunto de reglas o pasos perfectamente determinados, así el resultado es una cuestión de juicio o de aprehensión (comparar y balancear), como respuesta correcta en el contexto del caso y no es el punto final de un proceso deductivo.

La concepción escéptica. La ponderación dice Guastini, en síntesis, no es más que la expresión de las preferencias del intérprete/decisor a la hora de establecer una jerarquía entre los elementos en conflicto para decidir el caso, así la jerarquía es axiológica o valorativa entre dichos elementos, la que en tiempo esta puede cambiar en razón del caso en concreto planteado, de manera que es discrecional (Martínez Zorrilla, 2015, pp. 1335-1338).

### **2. 3. 2. 3. 2. La ponderación como teoría normativa.**

En términos de Martínez Zorrilla (2015), los criterios de corrección en la ponderación, para que el resultado sea correcto, satisfactorio o justificado, se realiza a través del "principio de proporcionalidad" propuesto por Robert Alexy, la que es aceptada por la mayoría de los teóricos en la toma de las decisiones sea jurisdiccionales o teóricas, y no es la única también está la de Susan L. Hurley denominada la "teoría coherentista", elaborada en función de la deliberación que supone un proceso de construcción de hipótesis acerca del contenido de la función de coherencia, que permite pasar de entre ciertas alternativas y sus razones de conflicto, y llegar a orden definitivo de solución para el caso, así se realiza a través de cinco etapas consecutivas (p. 1338).

La propuesta presentada por Alexy (2007), se descompone en tres subprincipios: El subprincipio de adecuación o idoneidad; El subprincipio de necesidad; y, el subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno es necesario y de aplicación sucesiva, donde si uno de ellos no se satisface, la decisión es injustificada. Se formula de la siguiente forma:

a). El subprincipio de adecuación o idoneidad. Siguiendo a Bernal Pulido (2007), implica que toda intervención de los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone dos

exigencias: en primer lugar, la intervención en los derechos fundamentales debe tener un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, la intervención en los derechos fundamentales debe ser idóneo para favorecer su obtención. Estos dos aspectos se analizan en el orden, si el fin es legítimo desde una perspectiva constitucional, y en caso de que lo sea, la medida es idónea (p. 693).

En términos de Martínez Zorrilla (2015), en el ámbito de la constitucionalidad de las leyes, el criterio que opera tiene un carácter negativo, es decir, se excluyen aquellas medidas que no son idóneas, esto es, que no contribuyen de ninguna manera la obtención del fin constitucionalmente legítimo (la decisión legislativa no debe tener un fin prohibido o excluido constitucionalmente). Mientras, las decisiones jurisdiccionales, será una decisión que satisfaga la exigencia de adecuación, en tanto supone el respeto o satisfacción de un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido (se trata de dar prioridad a uno de los derechos o bienes constitucionales en conflicto entre particulares o el particular y el Estado) (p. 1340).

b). El subprincipio de necesidad. Siguiendo a Bernal Pulido (2007), toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad y contribuya a alcanzar el objetivo propuesto (p. 740).

Siguiendo a Martínez Zorrilla (2015), se supera el principio de necesidad cuando, no existen medios alternativos, o ninguno es menos gravoso, o ninguno tiene como mínimo el mismo grado de idoneidad (p. 1341).

c). El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Para Bernal Pulido (2007), la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido (p. 763).

La estructura argumentativa se presenta así:

-El primer paso, consiste en establecer las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

-El segundo paso, consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de establecer si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

-El tercer paso, consiste en construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso (Martínez Zorrilla, 2015, p. 765).

### **2. 3. 2. 3. 3. El Tribunal Constitucional y el principio de proporcionalidad.**

El Tribunal Constitucional peruano para resolver problemas planteados desde la óptica del conflicto de derechos fundamentales (conflicto de principios), ha venido utilizado el principio de proporcionalidad en tres destacadas sentencias, que a continuación se expone:

**Primer caso:** STC Exp. N° 00045 -2004 -AI/TC. Caso Profa.

El caso se contextualiza, en la bonificación de puntaje del 10 % sobre la calificación total del postulante a la magistratura al cargo inmediato superior (Fiscal o Juez), en razón, de su titularidad en el cargo y haber llevado el curso denominado Programa de formación de aspirantes a la magistratura (PROFA) al igual que el postulante que llevo el curso, a diferencia de los postulantes que no eran magistrados y que a su vez no llevaron el curso correspondiente. Se argumentó, que la resolución que disponía dicha diferencia Reglamento de concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales (del 05 de junio de 2005) contraviene el principio de igualdad (art. 2º, inciso 2 de la Constitución), al establecer un trato desigual, al conceder privilegios a los magistrados titulares y postulantes que llevaron el curso PROFA y restringir el derecho expectativo de los otros postulantes que no llevaron PROFA, pero que se encuentran en iguales condiciones para postular al cargo de magistrado.

El Tribunal utilizó el principio de proporcionalidad, partiendo de concluir si es posible realizar un tratamiento diferente a los postulantes al cargo de los magistrados (se anota que se toma el razonamiento más explícito por cuanto el Tribunal Constitucional asume diferencia sobre los postulantes magistrados con PROFA, postulantes con PROFA y postulantes sin PROFA), la que planteo del siguiente modo:

i) Examen de idoneidad. Plantea como análisis lo siguiente:

[L]a bonificación concedida a postulantes con PROFA es un medio conducente a la conformación de una judicatura preparada, (...) [por otro lado]; la bonificación concedida a magistrados (para el ascenso) es conducente a la conformación de una judicatura experimentada.

Sobre ello, de acuerdo con un razonamiento común, se puede señalar, que los que llevaron un curso se encontrarían capacitados para el desempeño de la judicatura en relación de los que no llevaron el curso, esta primera impresión a más de otras resulta razonable, por ende, es idóneo la diferencia de trato desigual. A lo que también el Tribunal ha razonado en términos más técnicos (experiencia judicial, preparación, etc.), pero, al final también llega a la conclusión que la medida adoptada supera este examen al señalar “puede concluirse afirmativamente en el sentido de que existe idoneidad entre el tratamiento diferenciado y el fin consistente en la consecución de la idoneidad judicial”.

ii) Examen de necesidad. Para el caso se plantea como premisa lo siguiente:

a) Sí existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo y, b), Si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado.

El planteamiento consiste en la posibilidad fáctica y no justificada, de ver si hay otra alternativa para establecer el tratamiento diferenciado, el Tribunal señala que en efecto podría implantarse una preparación para obtener la experiencia y la capacitación que se requiere y que ello es posible una vez que el postulante ingrese a la magistratura, entonces un tratamiento diferenciado para el acto de la postulación no es conducente, por ello no supera el test de necesidad, al existir otra alternativa, por tanto, se afecta el principio -derecho de igualdad.

**Segundo caso:** STC Exp. N° 04408 -2005 -PA/TC. Caso empresa mayorista de productos hidrobiológicos SA.

El contexto del problema jurídico, consiste en que la empresa denominada "Comerciantes Mayoristas de Recursos Hidrobiológicos S.A.", en su actividad de venta de pescado, tiene como usuarios a los vehículos (camionetas y otros de carga, quienes abastecen y desabastecen la comercialización de pescado) y "chinchorros" (pescadores artesanales), quienes realizan el movimiento comercial; así, a este grupo de personas el municipio Distrital Santa Rosa a través de una ordenanza Municipal (N° 002 -004 -A/GDSR), les obliga a cambiarse hacía el local del municipio (local mayorista), donde es el único lugar donde asignado como paradero, motivando para dicha disposición, que el propósito es ordenar el flujo vehicular y el comercio ambulatorio que se despliega en los alrededores de los mercados mayoristas existentes, y ello, disminuye sus posibilidades de prestación de servicios (pérdida de clientes) y mengua su libertad de trabajo.

El Tribunal Constitucional se planteó como problema a resolver "determinar si la rémora de las posibilidades de acceder al mercado para ejercer una actividad de provisión de servicios lesiona la libertad de trabajo de la empresa recurrente. En el presente caso, la prohibición de que determinados vehículos puedan estacionarse", dentro de la empresa de venta de recursos hidrobiológicos. Entonces, dice corresponde "analizar si la norma cuestionada contraviene la igualdad de los agentes del mercado y, concretamente, la igualdad entre el Mercado Mayorista Municipal y el Mercado de propiedad del recurrente". En fin, se observa que el mercado mayorista del municipio distrital, puede prestar servicios y efectuar transacciones con los propietarios de los "chinchorros" y los vehículos de carga, mientras que el mercado mayorista particular está limitado a efectuarlo.

La aplicación del principio de proporcionalidad lo plantea del siguiente modo:

i) Examen de idoneidad.

Cabe preguntarse si, la medida de disponer que los vehículos de transporte dentro del mercado municipal (sea los chinchorros y vehículos), es adecuado para ordenar el tráfico vehicular; de primera intención es conducente para ordenar la zona ante un tráfico desmedido de vehículos.

ii) Examen de necesidad.

Cabe preguntarse si existe otra alternativa, que no afecta la igualdad en el acceso al mercado en las mismas posibilidades; para el caso, es posible como ciertas limitaciones y disposiciones indispensables para poner mantener un orden vehicular en las áreas contiguas al mercado y áreas contiguas, restricción de número de vehículos, y restricción de horas de estacionamiento. Entonces existen otras medidas, por lo que no supera este test, deviniendo la medida municipal en inconstitucional.

**Tercer caso:** STC Exp. N° 00007 -2006 -AI/TC. Caso calle de las pizzas.

El contexto del hecho nos sitúa, a que la Asociación de comerciantes San Ramón y Figari, señalan que a través de las ordenanzas municipales (N° 212 -2005 y 214 -2005), se limita el horario de apertura de sus locales dedicados a la venta de pizzas, así el reinicio diario de sus actividades es a partir de las 07:00 am, y su cierre los es a la 01:00 am de lunes a jueves y hasta las 02:00 los viernes, sábados y feriados, medida que no puede ser localizada y específico, por cuanto su exigencia es general. La municipalidad distrital de Miraflores, justifica la ordenanza aduciendo que los establecimientos comerciales vienen incumpliendo normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil, causando peligro inminente a la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales, entonces la limitación de horarios tiende a conservar el orden, preservar la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos mirafloresinos.

La aplicación del principio de proporcionalidad lo plantea del siguiente modo:

i) Examen de idoneidad.

La medida restrictiva es un medio adecuado o apto para conservar el orden, preservar la seguridad ciudadana, a la tranquilidad y la salud de los vecinos mirafloresinos, durante sus horas de descanso. Se responde en sentido positivo, pues posibilita el propósito que se busca.



ii) Examen de necesidad.

La medida restrictiva es un mecanismo necesario y no hay otras medidas alternas o igualmente eficaces. El Tribunal concibe que, si existen medidas como rebajar el nivel de decibeles acústicos de los locales, pero ciertamente no están eficaces pues no elimina los sonidos, entonces el medio utilizado es necesario para proteger los al medio ambiente, la tranquilidad y del derecho a la salud.

iii) Examen de ponderación.

El Tribunal Constitucional establece como premisa para este test lo siguiente:

Cuanto mayor es la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo y en el libre desenvolvimiento de la personalidad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización de la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (fin constitucional).

Así mismo, señala que la medida de las intensidades de intervención en los derechos ha de ser catalogado como grave, medio o leve, lo que es equivalente a la de elevado, medio o débil, como se entiende en la literatura doctrinaria.

Establece que la intervención en el caso del derecho a la libertad de trabajo es leve, dado que permite a los locales comerciales ejercer su actividad, entonces por el horario es una limitación parcial, y que evidentemente la medida es altamente beneficiosa para la tranquilidad de los vecinos. Por su parte, para el caso de la intervención al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los usuarios, también es leve, estando que la medida adoptada es beneficiosa para la seguridad de los mismos. Entonces de acuerdo con los balances, se concluye, que la restricción del horario de atención, resulta que el grado de limitación de libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. En estos términos la medida adoptada satisface la ley de la ponderación, por ende, es constitucional.

Como se advierte el Tribunal Constitucional, en el caso de los conflictos entre derechos constitucionales (principio derecho), ha planteado para el caso de la solución, el principio de proporcionalidad, y este proceder lo que se ha recogido, en el presente, a fin de resaltar la técnica de solución al problema jurídico, es por ello, que no se analiza los contenidos teóricos de los derechos en conflicto.

## **2. 4. Técnicas de interpretación**

### Consideraciones generales

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

### **2. 4. 1. Interpretación jurídica.**

#### **2. 4. 1. 1. Concepto.**

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

Afirma que la doctrina dominante se pronuncia en favor de la teoría objetiva, porque permite una adaptación de la ley a las nuevas circunstancias sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., de un momento histórico y permite una interpretación del precepto, con independencia de su origen o idea inicial, en consonancia con los principios, características y objetivos que en ese momento tiene el resto del derecho, pero no apartándose del sentido literal que brinda seguridad jurídica (pp. 155 -156).

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

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

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

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

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

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

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

Siguiendo al autor en referencia, esta teoría asume dos dimensiones, las referidas al lenguaje (filosofía) y al derecho (teoría jurídica). El primero, se basa en el esencialismo lingüístico, es decir, está referido al vínculo natural entre las palabras y su significado, de manera que cada

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

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

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

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

tienen total libertad para dictar sus sentencias, que responden primordialmente a consideraciones políticas, religiosas, morales, ideológicas, socioeconómicas, etc., y no (o no solo) jurídicas (Martínez Zorrilla, 2010, pp. 52 -53).

#### **2. 4. 1. 3. 3. La teoría intermedia.**

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

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

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

-Segundo: En cuanto a la concepción del derecho, para la teoría intermedia, se aleja tanto del postulado formalismo jurídico como del realismo. Lo habitual es que, se asume una tendencia "hartiana", es decir, en función de la base del positivismo jurídico defendido por H.L.A. Hart, que se presenta en función de lo siguiente: i) El derecho está parcialmente indeterminado: en muchos casos (probablemente en la mayoría), el sistema jurídico ofrece una única respuesta

correcta y predeterminada, pero en otras ocasiones esto no es así, lo cual puede deberse tanto a defectos del propio sistema (lagunas normativas -sea porqué el legislador se olvidó de contemplar una situación o no pudo haberlo previsto un acontecimiento-, contradicciones), como a la indeterminación propia del lenguaje; ii) Los jueces (aplicadores del derecho, en general) gozan de una discrecionalidad limitada: en las situaciones en las que, por las razones que sean (defectos del propio sistema normativo, interminación del lenguaje, indeterminación de los hechos del caso, etc.), no existe una única respuesta correcta, tienen cierto ámbito de libertad para tomar la decisión, lo cual no implica ni que puedan decidir cualquier cosa, ni que no sea necesario argumentar adecuadamente la decisión tomada. No obstante, en los demás casos, existe una solución correcta a la que los decisores deben ajustarse, y su actividad no es discrecional es más similar a la del «juez autómeta» propia del formalismo (p.56).

#### **2. 4. 1. 4. Clases de interpretación**

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

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

###### a) Auténtica

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

###### b) Doctrinal

Esta interpretación es la propuesta por la doctrina científica, que tendrá mayor peso si es doctrina unánime, dominante o mayoritaria, pero que en cualquier caso tiene el valor de solidez en la argumentación y fuerza de convicción, hasta el punto de que, aunque en un determinado periodo la interpretación jurisprudencial no coincida con la posición doctrinal dominante o con una posición doctrinal minoritaria, nada impide

que su capacidad de convicción determine que a partir de otro momento sea acogida por los aplicadores del derecho (Luzón Peña, 2016, p. 157).

c) Judicial

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

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

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

a) Declarativa

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

b) Restrictiva

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

c) Extensiva

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

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

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

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

##### a) Literal

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

El indicado autor también, nos refiere que esta modalidad interpretativa asume cinco criterios:

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

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

##### b) Psicológica



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

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

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

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

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

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

A un enunciado se le debe atribuir el significado sugerido por el objetivo que el legislador histórico habría querido alcanzar, mediante tal disposición, si la hubiese

producido en el aquí y ahora de su aplicación (*interpretación psicológico -funcional originalista contrafactual*).

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

d) Histórico

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

e) Autoritativa

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

El mismo autor señala que esta abarca dos criterios:

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

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

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

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

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

Gascón Abellán (2014) y Martínez Zorrilla (2010), nos presenta algunas de las técnicas de interpretación habitualmente utilizadas:

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

En esta se aglutina diversas técnicas de interpretación que tienen en común la idea de que una disposición normativa no debe interpretarse aisladamente, si no en relación o conexión con otras disposiciones, pues el derecho es un sistema (conjunto ordenado de elementos, al que se atribuye propiedades de coherencia y la completitud). Presenta dos modalidades:

- a) *El argumento o razonamiento a cohaerentia.* Establece que una disposición normativa debe interpretarse de modo que resulte coherente (no contradictoria) con

otros enunciados jurídicos del sistema, es decir, que debe optarse por una interpretación que no resulte contradictoria (en si es una interpretación correctora). Esta interpretación se asemeja a la interpretación conforme a la constitución, vale decir, que no es contraria a la constitución (Martínez Zorrilla. 2010, pp. 67 -68).

Un ejemplo: se cuenta con dos enunciados normativos al que se denominará EN1 y EN2, así, la primera "prohíbe fumar en recintos deportivos", el segundo "prohíbe fumar en los bares y restaurantes de las instalaciones deportivas, siempre que tengan una superficie mínima de 100 m<sup>2</sup> y zonas separadas para fumadores y no fumadores". De acuerdo con una interpretación literal existiría una antinomia, pues, en ciertas zonas está permitido fumar y en otras no, pero de acuerdo con la coherencia, el EN1 solo permite fumar en aquellos recintos deportivos que cumplen los requisitos establecidos por el EN2.

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

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

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

De acuerdo con este esquema de razonamiento las disposiciones jurídicas han de interpretarse de acuerdo con la tradición jurídica, esto es, conforme se han entendido históricamente los distintos conceptos e instituciones jurídicas. Es un argumento conservador, que pretende mantener la continuidad de la tradición jurídica a la hora de

interpretar los preceptos normativos. Este tipo de argumento también estaría en la base del recurso al precedente o a la jurisprudencia como criterio para determinar la interpretación (Martínez Zorrilla. 2010, p. 71).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este argumento sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (*prima facie*), no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposible o por inaceptable, es decir, se rechaza el sentido interpretativo y detrimento de otras. Se presenta en la siguiente secuencia lógica:

1.  $I \rightarrow R$  (la interpretación I produce el resultado R)
2. Es obligatorio no -R (por absurdo)
3. No -I

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

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

Este argumento o razonamiento, no es una técnica interpretativa, más es un mecanismo para dar respuesta a un supuesto de laguna normativa, es decir, nos encontramos frente a un supuesto para el cual no existe precepto normativo que determine la respuesta al caso,

entonces se resuelve a través de la relevancia o determinación de norma aplicable que tiene mayor intensidad en el caso (Martínez Zorrilla. 2010, p. 79).

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

1° A maiori ad minus, el que puede lo más puede lo menos. Supone que si se tienen mayor atribución se puede irrogarse menores atribuciones.

2° A minori ad maius, el que no puede lo menos no puede lo más. Supone que, si no se tiene un poder jurídico para llevar a cabo algo o tomar una decisión, menos aún se tendrá un poder para tales objetivos de mayor alcance (Gascón Abellán, 2014, p. 267).

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

Este se usa para integrar lagunas y consiste en atribuir a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica prevista para otro distinto supuesto, pero con quien guarda cierta semejanza. Esta constituye una interpretación extensiva, entonces no utiliza la interpretación literal o estricta, y se plantea en la siguiente construcción lógica:

1° Si H (supuesto) → C (consecuencia)

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

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

4° Si G (supuesto) → C (consecuencia)

Este argumento analógico requiere la previa identificación de la *ratio legis* de la norma, para lo cual pueden usarse en principio varios cánones de interpretación (principios y razón de justicia) (Gascón Abellán, 2014, pp. 265 -266).

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

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

1° H (solo a H) ↔ C (consecuencia jurídica)

2° No – H → no – C

Así, al supuesto H si y solo si le corresponde C; y cuando no corresponda, no hay consecuencia jurídica. (pp. 263 -264).

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

##### **2.4.2.1. Conceptos**

Se sabe que las disposiciones legales se dan con las debidas notas de generalidad y abstracción, para regular los innumerables casos que se dan en la vida, pero es imposible regular todos los problemas que puedan presentarse al jurista, así, esta circunstancia se



denomina lagunas del derecho (Muñoz Conde, 2014, pp. 169 -170). Y para suplir dichas lagunas se recurre a la integración del derecho.

Para Ferrari Yaunner (como se citó por Grisel Galiano y Deyli González, 2012) refiere que integrar implica analizar el derecho como un todo, ver en conjunto para buscar una solución ante la ausencia o insuficiencia de un precepto normativo para un supuesto específico (p. 438).

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

La integración jurídica tiene por finalidad que los ciudadanos busquen la seguridad jurídica en el derecho, a través del cual se resguarde sus intereses y derechos.

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

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

##### **2. 4. 2. 3. 1. La auto integración.**

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

##### **a) La analogía.**

Luigi Lombardi Vallauri (citado por Juan Clanciaro, 2005), señala la “analogía es la extensión de principios que pueden extraerse de la ley a casos que se diferencian de aquellos decididos en la ley de forma solo inesencial”. Esta definición distingue

dos dimensiones: primero, en el razonamiento por analogía no se recurre directamente a una disposición de la ley, sino a un principio (contenido normativo no escrito); el segundo, la diferencia entre el caso contemplado en la ley y el que se va a regular por analogía es inesencial o contingente (p. 443).

Siguiendo a Riccardo Guastini (1999), entiende que en el lenguaje jurídico, la analogía, se suele llamarse aplicación analógica a la aplicación de un precepto normativo a un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma (p. 57).

En el caso de recurrir a la analogía para solucionar el problema interpretativo se debe observar las reglas del argumento analógico, sobre ello Guastini (1999), señala lo siguiente:

1° Un determinado supuesto de hecho (SH1) no viene disciplinado por ninguna regulación explícita; es decir, el derecho presenta, *prima facie*, lagunas.

2° El supuesto de hecho no disciplinado (SH1) tiene una semejanza relevante con otro supuesto de hecho (SH2) regulado, es decir, este último tiene una regulación explícita que le atribuye una determinada consecuencia jurídica ("sí SH2, entonces G").

3° Se construye un precepto normativo o "máxima de decisión" que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto: "si SH1, entonces G". Así, el precepto normativo construido de este modo puede emplearse luego como sustento de una decisión judicial. (pp. 57 -58).

Como se observa no se trata en sí, de una interpretación legal, se trata de una creación jurisprudencial para resolver un determinado problema, a través de la semejanza del hecho o supuesto de hecho, por ello, se la denomina técnica de integración del derecho ante la presencia de lagunas.

La técnica de la integración del derecho a través de la analogía no es aplicable en el ordenamiento penal (leyes penales), en atención al principio de legalidad, según la cual “nadie puede ser condenado si no es en virtud de una ley...” (Guastini R. , 1999, p. 65).

Las razones para esta limitación se fundan cuando la analogía va en contra del reo, de modo tal, si es posible admitirla cuando es favorable al justiciable, así en la doctrina se las conoce como la *analogía in malam partem* y *analogía in bonam partem* (Muñoz Conde, 2014, p. 170).

### **Clases de analogía.**

#### **i). La analogía malam partem**

Según Castillo Alva (2004), el Derecho Penal contemporáneo prohíbe crear un Derecho Penal nuevo o ajeno al establecido por la ley (analogía iuris) o la ampliación a supuestos que no se encuadran en su texto (analogía legis) (p. 131).

La prohibición de la analogía en el Derecho Penal, tiene por regla excluir su empleo como procedimiento para crear o agravar delitos y penas.

Entonces, se prohíbe al juez, en aplicación del principio de legalidad pueda vía la analogía: a) configurar el hecho como delito o falta; b) determinar un estado de peligrosidad; y, c) precisar la pena o medida de seguridad como consecuencia jurídica del precepto jurídico.

#### **ii). La analogía bonam partem**

En términos de García Caveró (2012), el artículo III del Título Preliminar del Código penal, prohíbe la analogía cuando se utiliza para calificar el hecho como delito o falta, determinar un estado de peligrosidad o fijar la pena o la medida de seguridad que corresponde; pero, es posible utilizar para eximir o atenuar la pena, lo que es válido, pues no se opone a lo dispuesto expresamente en la ley penal y además es favorable al reo (p. 170).

Como contexto de aplicación, se ubica en la parte especial del Derecho Penal, donde se puede citar como ejemplo la excusa absolutoria -conflicto entre parientes - (Artículo 208 del C. P. - Delitos contra el patrimonio), que se extiende además a los delitos de receptación, hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños, si es que no se quiere llegar a ofrecer un régimen desigual a conductas que tienen una semejanza material e igual identidad de razón.

De igual modo, la analogía es válida en las situaciones de atenuación de la pena, en el caso de las eximentes, en las causas de levantamiento personal de la pena u otras formas de exclusión de la punibilidad. Las causas de justificación o de inculpabilidad también son objeto de aplicación de la analogía.

A pesar de que la aplicación analogía en las causas de justificación logre redundar en la ampliación de la zona de lo ilícito o en perjuicio de otros (porqué se los ordena a tolerar una afectación a sus bienes jurídicos), se apunta como refiere Castillo Alva (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, donde, si bien falta un peligro inminente, el agente se encuentra en una circunstancia análoga (p. 130).

### **La analogía en nuestro ordenamiento jurídico**

En nuestro ordenamiento interno, sobre la analogía se hace referencia en el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política del Perú, donde expresa la "... inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.", previsión constitucional que tiene su correlato en el artículo 2 inciso 24 literal d) "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Así también en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal expresa "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".

De modo tal, la analogía como integración del derecho ante una laguna legal está prohibida, estando que, para establecer una calificación prohibitiva y consecuencia

penal ante un determinado hecho, este debe estar previamente establecida en un dispositivo penal.

De acuerdo con Marinucci (como se citó en Hurtado Pozo, 2011) estas declaraciones son una confirmación del principio de legalidad, por ello está prohibida la analogía en la medida que se emplee para fundamentar la represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente, por el contrario, el razonamiento analógico que restringe el poder punitivo está permitido (p. 220).

## **b) Principios generales**

### **Conceptos**

En términos de Aníbal Torres (como se citó en Rosas Alcántara, 2015), los principios generales del derecho son 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.

Por su parte García Maynez citado por el mismo autor, señala los principios generales del derecho son las fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción debe exclusivamente deducirse (p. 452).

### **Clasificación**

Norberto Bobbio (como se citó en García Maynez, 2009), señala, los principios generales del derecho pueden ser agrupados de acuerdo con la materia que pertenecen:

- Principios generales del derecho civil;
- Principios generales del derecho mercantil;
- Principios generales del derecho penal;

- Principios generales del derecho administrativo;
- Principios generales del derecho laboral, etc.

Por su parte, García Maynez (2009), postula que los principios generales del derecho pueden ser divididos de acuerdo con las diversas ramas del derecho privado y público, en su sentido más amplio como:

- Principios generales de derecho sustancial, que establecen máximas para la conducta de los particulares (dirigido a los ciudadanos);
- Principios generales del derecho procesal (dirigido a los jueces);
- Principios generales de organización (dirigido al legislador). (p. 319).

### **Principios generales del derecho penal i)**

#### **Principio de legalidad**

De acuerdo con Lascuráin (2015), su formulación clásica es *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* -que fuera propuesto por Beccaria en el año 1764, así exige que solo una ley, previa al hecho que se juzga y precisa en su descripción pueda establecer delitos y penas. Entonces, es un principio predominantemente formal que se basa en los valores de seguridad -el ciudadano puede saber cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos - y democracia -hace referencia a quién puede decir qué conducta es delictiva y qué pena merece su agente -, por ende, sostiene que no puede penarse a nadie sin previo aviso de que la pena es una consecuencia jurídica prevista en la carta penal (pp. 61 -62).

Siguiendo al mismo autor, se expone: i) La norma penal ha de tener rango de ley, en el sentido que debe tener esa particularidad para estar por encima de otras disposiciones; ii) La norma penal debe ser precisa, significa que las normas no deben ser indeterminados si no precisos; iii) La norma penal ha de ser vinculante para los jueces, significa que las normas penales no admiten la analogía in malam partem, así el juez no puede considerar delito lo que no está previsto, ni contemplar agravaciones de la conducta que no está descrito como

punible; iv) La norma penal ha de ser irretroactiva, significa que solo será aplicable cuando en el momento de producirse la conducta esta constituya delito (pp. 69 -77).

### **ii) Principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos**

Este principio también es conocido como de ofensividad, y de acuerdo con Cancio Mella (2015) concibe que este principio es el corazón de los principios penales, por cuanto hoy en día se requiere de la existencia del daño social -lesividad social - para legitimar la criminalización de un comportamiento, entonces es el principio exclusivo de protección de los bienes jurídicos (p. 94).

Por su parte Luzón Peña (2016), dice "el derecho penal solo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado en lo absoluto para castigar solo por su inmoralidad o su desviación o marginalidad conductas que no afecten a bienes jurídicos" (p. 88).

### **iii) Principio de subsidiariedad, intervención mínima o última ratio y carácter fragmentario**

Siguiendo al mismo autor, el principio de subsidiariedad también es denominado de intervención mínima, derivado en la necesidad que el Derecho penal ha de ser la *última ratio* o *la extrema ratio*, es decir, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si existe otros menos lesivos y graves que los penales, no procede utilizarlos (p. 88).

En el caso del carácter fragmentario del derecho penal, según la cual el Derecho penal "no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, si no los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes" (p. 89). En fin, estos principios derivan del principio de necesidad, es decir, del fundamento funcional con una idea liberal.

#### **iv) Principio de efectividad, eficacia o idoneidad**

De acuerdo con Luzón Peña (2016), este principio también es conocido como de utilidad, así el Derecho penal solo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito, y por ende se debe renunciar cuando es inoperativo, ineficaz o inadecuado o contraproducente (pp. 91 -92).

#### **v) Principio de proporcionalidad**

De acuerdo con el autor en referencia, supone que la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. Así, la gravedad del hecho, se mide por el desvalor del resultado y de la acción, ello de forma intrínseca - número de bienes jurídicos afectados, daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención -, y también de forma extrínseca, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también incluye en el desvalor objetivo de la acción (p. 93).

#### **vi) Principio “ne bis in ídem”**

Continuando con Cancio Mella (2015), supone a no ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho, así como supone de no reiterar el ejercicio de la potestad sancionadora sobre el mismo hecho y sujeto, en el fondo es evitar la duplicidad sancionadora (p. 112).

#### **vii) Principio de culpabilidad**

De acuerdo con Pérez Manzano (2015), supone la necesidad de que la pena se imponga solo al sujeto a quien se responsabiliza el delito; por ende, es distinto al concepto de culpabilidad que alude el juicio de reproche e imputación de una conducta a su autor, tampoco la culpabilidad en el proceso que requiere de prueba en juicio, esto es, más allá de toda duda razonable que destruye la presunción de inocencia, pero que no se puede desconocer la conexión de ambos conceptos (p. 123).



### **viii) Principio de igualdad**

Siguiendo al mismo autor, supone tratar igual lo que es igual y de forma desigual lo que es diferente constituye un principio básico de todo ordenamiento que aspire a la justicia (p. 133).

### **ix) Principio de humanidad de las penas**

Continuando con el mismo autor, supone prohibir penas o tratos inhumanos o degradantes en el penado que permitan padecimiento físico, psíquico o moral de especial intensidad o calidad, de modo que pueda calificar como pena cruel o humillante (p. 142).

### **Funciones**

De acuerdo con Bobbio (como se citó en Maynez, 2009), los principios generales pueden cumplir cuatro funciones:

#### **i). Función interpretativa o hermenéutica:**

Consiste en fijar, de alguno de los citados principios, el sentido de tal o cuál expresión jurídica.

#### **ii). Función integradora:**

Consiste en llenar los vacíos de las fuentes formales de la ley.

#### **iii). Función directiva:**

Consiste en orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica.

#### **iv). Función limitativa:**

Consiste demarcar ordenadamente relaciones entre normas jurídicas de jerarquía superior con otras de rango menor (pp. 320 -321).

### **2. 4. 2. 3. 2. La heterointegración**

En términos de Fernández Bulté (citado por Galiano Maritan & González Milián, 2012), la hetero integración ocurre cuando se soluciona la laguna del derecho acudiendo a recursos externos al ordenamiento jurídico, es decir, los que están fuera de la ley, la que ha sido utilizado en la etapa de la codificación, bajo la denominación de derechos supletorios o por remisión de cuerpos legales a otros (p. 440). Dentro de estas se menciona a la costumbre, jurisprudencia o valores como la equidad.

#### **a) La costumbre.**

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

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

Ar. 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

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

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

Art. 15. Error de comprensión culturalmente condicionado

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

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

### **b) La jurisprudencia.**

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

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

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

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

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

### **c) La equidad.**

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

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

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

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

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

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

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

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

jueces subordinados, si no la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que manda”.

viii). La equidad como justo concreto (C. Massini). En esta se postula el realismo jurídico clásico respaldándose en los textos de Aristóteles y Aquino, en el sentido que la equidad es más que la rectificación legal para el caso, a través de lo que considera tres institutos “la interpretación realista de la ley”, “la doctrina de las lagunas de la ley” y “la declaración de inconstitucionalidad de la norma”, entonces así es posible que el juez pueda emitir soluciones justas, esta posición también se corrobora con la de Abelardo F. Rossi quien señala que la equidad “ no es una regla de interpretación de la ley positiva, no suple las lagunas de la ley, no implica amenguar la obligación que surge de una ley muy rigurosa... no es un manipuleo indulgente y benigno de la ley basado en la piedad con respecto al deudor o al delincuente... lo que la equidad corrige no es la ley positiva de por sí, si no el seguimiento externo de su texto y de sus fórmulas cuando la justicia clama el cielo... la equidad no asimila la función judicial a la legislativa”.

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

En definitiva, se concluye que la propuesta del realismo jurídico clásico, es la más aceptada, pues conecta la equidad con lo justo concreto determinado por la razón práctica prudencial (en su sentido estricto y amplio), así la equidad abarca los siguientes supuestos judiciales:

1º). Cuando se aclara el sentido prescriptivo de la norma aplicable (por ejemplo, una sentencia constitucional interpretativa o cuando se clarifica una duda semiótica);

2º). Cuando se opta por la mejor solución para el caso dentro de los márgenes de la norma aplicable (por ejemplo, una condena de homicidio dentro de los márgenes legales);

3º). Cuando se escoge la mejor de entre las respuestas jurídicas disponibles (por ejemplo, cuando el mismo resultado puede obtenerse por diferentes medios jurídicos);

4º). Cuando se deja de lado en ese caso la norma aplicable dado su disvaliosidad o irracionalidad (no estamos hablando de una declaración con efecto *erga omnes*, dado que aquí la función judicial queda asimilada estrictamente a la legislativa, si no aludimos a la mera inaplicación para un caso de una norma que lo regula); y,

5º). Cuando se suple la ausencia de respuesta jurídica para el caso sin afectar exigencias jurídicas indisponibles (o sea el supuesto llamado tradicionalmente de integración de lagunas de la ley) (pp. 340 -341).

### **2. 4. 3. Argumentación jurídica**

#### **2. 4. 3. 1. Concepto**

Siguiendo a Martínez Zorrilla (2010), desde un punto de vista genérico, argumentar es ofrecer razones para la justificación o fundamentación de cierto punto de vista, creencia, opinión, acción, decisión, etc., en sí, es una actividad argumentativa. Una definición más estricta de argumento, se concibe como el conjunto de afirmaciones, llamadas premisas, que son utilizadas como razones para apoyar o justificar otra afirmación, llamada conclusión (pp. 189 -190).

Tomando como base el razonamiento de Atienza (2013), argumentar es algo que tiene lugar en el contexto de la resolución de problemas, y sobre ella hay características contrapuestas en la forma de verla, sea por los precursores (Theodor Viehweg -*Topik und Jurisprudenz* -, Chaim Perelman -*La nouvelle rhétorique* -, y Stephen Toulmin -*The Uses of Argument* -) y los que representan la teoría estándar de la argumentación – teóricos (Neil MacCormick -*Legal Reasoning and Legal Theorie* - y Robert Alexy -*Theorie der juristischen Begründung* -).

Desde un plano abstracto, el concepto de argumentación aborda cuatro concepciones:

- Argumentar es una acción relativa a un lenguaje, es decir, el uso del lenguaje que se caracteriza por dar razones para defender o combatir una determinada tesis.
- Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión, cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate.
- Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad, es decir, como actividad, es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, cabe distinguir tres entidades, las premisas, conclusión e inferencia.
- Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación, es decir, preguntarse es buena o mala (pp. 109 -110).

Siguiendo al mismo autor, en definitiva, en el derecho se tiene tres concepciones aproximativas sobre la argumentación:

a) Concepción formal, ve en la argumentación una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de premisas y de la conclusión, es decir, utiliza enunciados, no utiliza la argumentación como actividad, si no como resultado (uso de la lógica estándar o clásica), y lo realiza a través de las reglas de inferencia, por ello, aunque formalmente puede ser correcto un resultado, no por ello, es un razonamiento sólido o persuasivo.

b) Concepción material, en esta lo esencial no es la forma de los enunciados, si no aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. En este tipo de argumentación el centro de atención no es la inferencia, si no en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción, esto en base las fuentes del derecho, la interpretación o de la prueba) y la conclusión.

c) Concepción pragmática, contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo, teniendo como propósito



persuadir al auditorio, partiendo de que los enunciados sin o interpretados son aceptados. Se dividen en dos: uno basado en la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio (orador, discurso, auditorio, persuasión); el segundo, la dialéctica, donde la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un papel dinámico de interacción constante (pp. 110 -111).

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

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

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

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

Tercero, en el ámbito de la dogmática jurídica (actividad compleja), se divide en tres criterios: suministra métodos para la producción del derecho en las distintas instancias en que ello tiene lugar; suministra métodos para la aplicación del derecho; y, ordena y sistematiza una parte del ordenamiento jurídico. Esta se ocupa de casos abstractos, como determinar el límite entre el derecho a la vida y la libertad (pp. 2 -3).

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

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

a) Función teórica o cognoscitiva, señala en atención a la propuesta de Alexy, que el derecho debe verse como un sistema de normas (perspectiva de la teoría estándar -estructural - del derecho) y, como un sistema de procedimientos (perspectiva asumida por la teoría de la argumentación jurídica), a través del cual se permita el desarrollo de otras disciplinas jurídicas o no, para tener un entendimiento profundo del fenómeno jurídico y del arte de argumentar.

b) De naturaleza práctica o técnica, la teoría debe ofrecer una orientación servible en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, dirigido tanto a los prácticos del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica.

c) Una función política o moral, ello tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, indudablemente, está siempre en la base de cierta concepción de la argumentación, ello en razón de que se logre asumir la idea de Dworkin o Alexy, pero, en definitiva, lo que interesa es hacer justicia de acuerdo con el derecho sea desde la concepción política o moralmente correcta (pp. 216 -218).

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

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

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

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

Explica el autor en referencia, que el seguimiento de las leyes de la inferencia lógica nos garantiza que, en el caso de que las premisas sean verdaderas o correctas, necesariamente lo será la conclusión, pero eso no significa que nos asegure que las premisas sean las adecuadas, pudiendo ser inadecuadas o incorrectas.

Así, para que una decisión judicial se encuentre justificada, es condición que la conclusión sea el resultado de una inferencia lógicamente válida, quiere decir, la clave está en ver si las premisas se vinculan y a su vez si la conclusión tiene relación con las premisas, en definitiva, es el uso del método lógico deductivo, que a continuación se expone con un clásico ejemplo:

Todos los hombres son mortales (P. mayor)  
Sócrates es hombre (P. menor)  
-----  
Sócrates es mortal (Conclusión)

Este método en la lógica proposicional, se representa:

$p \rightarrow q$   
 $p$   
-----  
 $q$

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

Martínez Zorrilla (2010), señala: se considera que un argumento está justificado externamente si, y solo si, las premisas del razonamiento son sólidas (verdaderas, correctas,

etc.) (p. 194). Para ello, se debe hacer una selección adecuada de las premisas, y la fortaleza del razonamiento está en función de que las razones que se aporten para justificar la conclusión sean adecuadas, de lo contrario, si son débiles, cuestionadas o falsas, el argumento carecerá de fuerza justificativa.

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

La justificación externa, aunado a lo antes expuesto debe superar además el test de la racionalidad o criterios de razonamiento propuestos por Neil McCormick:

a) *Universalidad*. Este criterio o regla jurídica es utilizada como fundamento de la decisión y establece que para que una decisión pueda estar justificada es necesario que el criterio o principio en el que se asienta sea universalizable; es decir, que no se basa en un criterio válido para el caso, sino que sea posible utilizar para resolver problemas idénticos. Entonces, traduce la regla del precedente (doctrina vinculante), que en determinada circunstancia C se ha tomado la decisión D, siempre que se repita las mismas circunstancias equivalentes (Martínez Zorrilla, 2010, p. 283).

b) *Consistencia*. Plantea la prohibición de utilizar premisas contradictorias y exige que la interpretación normativa sea lógicamente compatible con otras normas. Así, una sentencia contra la ley es inconsistente (Martínez Zorrilla, 2010, p. 283).

Siguiendo a Zavaleta Rodríguez (2014), la consistencia exige que el sistema jurídico no contenga preceptos normativos que regulen un mismo supuesto de hecho con consecuencias y soluciones jurídicas incompatibles (antinomias); de manera que, el cumplimiento de una de ellas implique el incumplimiento de la otra (p. 100).

c) *Coherencia*. Plantea la exigencia de la que la decisión (interpretación), sea conforme con el resto de principios y valores del sistema (con el mayor número) (Martínez Zorrilla, 2010, p. 282).

En términos de Zavaleta Rodríguez (2014), la coherencia como criterio de justificación se divide en coherencia normativa (Supone la idea de adecuación o conformidad de un precepto normativo con otro u otras del ordenamiento jurídico) y narrativa (Supone que los enunciados acerca de los hechos estarán justificados, si son explicaciones más coherentes sobre los hechos y esto en función de las pruebas), es decir, no solo esta los enunciados normativos, sino también la dimensión valorativa que la sustenta (p. 103).

d) *Consecuencialismo*. Se refiere a las consecuencias que se derivan de la decisión, pero no las consecuencias empíricas o sociales si no a las normativas. Lo que se evalúa es el impacto de la decisión en el ordenamiento jurídico, por ello estas consecuencias deben ser aceptables, pues no pueden poner en peligro bienes o estado de cosas que se consideran válidos como la seguridad, el orden, la vida, la vinculatoriedad del ordenamiento, la no politización de la función judicial. (Martínez Zorrilla, 2010, p. 283).

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

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

Toulmin (como se citó en Atienza, 2005), clasifica las falacias en cinco categorías:

a) De una falta de razones, radica en llevar a cabo una pretensión y argumentar en su favor planteando razones cuyo concepto es simplemente semejante al de la pretensión original;

b) De razones irrelevantes, tiene lugar cuando la prueba que se muestra en pos de la pretensión no es de manera directa e importante para la misma;

c) De razones defectuosas, se presenta cuando las razones que se proponen en pos de la pretensión son correctas, pero, inadecuadas para detallar la pretensión específica - generalización apresurada -;

d) De suposiciones no garantizadas, se parte del presupuesto de que es viable pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los integrantes de la comunidad, cuando, de hecho, la garantía en mención no es frecuentemente aceptada; y

e) De ambigüedades, se presenta cuando una palabra o cita se utiliza equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología), a una colocación errónea del énfasis (falacia del acento), a asegurar de todo un grupo lo que es válido de todas las partes (falacia de la composición), a asegurar de las partes lo que es válido del grupo (falacia de la división), o cuando se toman similitudes gramaticales o morfológicas entre expresiones como indicativas de similitudes de concepto (falacias de las figuras de dicción). (p. 94).

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

a) Falacias formales (lógicas), tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no ha sido así (inferencias que van contra las reglas de la lógica deductiva o la regla de la inducción);

b) Falacias materiales, cuando la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio solo aparentemente correcto (la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía); y,

c) Falacias pragmáticas, el engaño se produce por haber infringido, en forma más o menos oculta, algunas de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan, en el marco de un discurso dialéctico o retórico, pero no tienen que ser una regla técnica en sentido estricto (argumento no persuasivo) (pp. 116 -117).

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

#### **Primera etapa**

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

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

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

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

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

### **Segunda etapa.**

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Tercera, las técnicas argumentativas, son esquemas argumentativos que tienen por propósito influir de una forma eficaz la adhesión de un auditorio partiendo de hechos admitidos, pero para ello es necesario conocer el auditorio, es decir, son un conjunto de razones, más o menos fuertes y más o menos pertinentes, pero que pueden a partir de un mismo punto de partida, llevar a conclusiones, las técnicas se clasifican en "técnicas de unión" -son aquellos esquemas que unen elementos distintos y posibilitan establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, sea estructurarlos o sea valorarlos positiva o negativamente - y "técnicas de disociación" -son las empleadas para separar elementos que forman parte de un mismo sistema -.

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

Siguiendo a Atienza (2005), señala que la obra de Perelman es importante porque intenta rehabilitar la razón práctica, es decir, de introducir algún tipo de racionalidad en la discusión

de cuestiones concernientes a la moral, el derecho, la política, etc., lo que constituye una vía intermedia entre la razón teórica (la de las ciencias lógico -experimentales) y la pura y simple irracionalidad (p. 65).

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

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

En términos de Atienza (2005), Alexy, inicia su planteamiento teórico desde la teoría de la argumentación práctica general, para luego proyectarlo al campo del derecho, denominado a este criterio el "discurso jurídico", es decir, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general (discurso moral) y es más articulada y sistematizada en relación con la propuesta de MacCormick; así el discurso lo sustenta en función de la "teoría normativa de la argumentación jurídica" (distingue lo bueno y lo malo de los argumentos), la "teoría analítica" (que penetra en la estructura de los argumentos) y "teoría descriptiva" (que incorpora elementos empíricos). Para el constructo teórico se sirve de la "teoría de la ética analítica" (de Hare, Toulmin y Baier), la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de Perelman (p. 150).

##### **a) El discurso práctico general.**

Este criterio argumentativo se basa en reglas generales para toda comprensión de las distintas disciplinas.

##### **Las reglas y formalidades.**

En esta parte seguimos a Atienza (2005), que expone en resumen las reglas propuestas por Robert Alexy.

i) **Las reglas fundamentales**, esta es válida para cualquier comunicación lingüística donde se analice la verdad o de la corrección (aplicable para el discurso teórico y al práctico), y esta formulada del siguiente modo:

- 1°. Ningún hablante puede contradecirse (no contradicción),
- 2°. Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree (Sinceridad),
- 3°. Todo hablante que aplique un predicado "F" a un objeto "A", debe estar dispuesto a aplicar "F" también a cualquier otro objeto igual a "A" en todos los aspectos relevantes (Universalidad lógica).
- 4°. Todo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmará que son iguales en todos los aspectos relevantes.
- 5°. Distintos hablantes no pueden utilizar la misma expresión con distintos significados (Uso común del lenguaje) (p. 157).

ii) **Las reglas de la razón**, estatuyen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso, es decir, son un ideal al que cabe aproximarse (válidos para el discurso teórico y práctico), y es formulada así:

- 1°. Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación (Deber de fundamentar, si se pide).
- 2°. Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso (Apertura al discurso).
- 3°. Todos pueden problematizar cualquier aserción; Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; y Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades (Igualdad).
- 4°. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados -los de «b» y «c» -, mediante coerción interna o externa del discurso (Libertad) (p. 158).

iii) **Las reglas sobre la carga de la argumentación**, son reglas técnicas que se debe añadir a las anteriores, para facilitar la argumentación, y se formula así:

1°. Quien pretende tratar a una persona "A" de manera distinta que a una persona "B", está obligado a fundamentarlo.

2°. Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

3°. Quien ha aducido un argumento solo está obligado a dar más argumentos en casos de contrargumentos.

4°. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto (p. 159).

iv) **Las formas de los argumentos**, está constituido por las formas del argumento relacionadas al discurso práctico - silogismo), señala que, hay dos formas de fundar un precepto normativo "A": sea por referencia a una regla "R", o señalando sus consecuencias de "A"; si es el primero (regla), supone un enunciado de hecho que describe las condiciones de aplicación de la misma; y si es la segunda, hay que tener entendido también que existe una regla, por la que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o es algo bueno. Se formula así:

"A" ha mentido

Es malo mentir

"A" ha actuado mal

Al mentir, "A" causa sufrimiento innecesario

Es malo causar sufrimiento innecesario

"A" ha actuado mal (p. 159)

v) **Las reglas de fundamentación**, están referidas específicamente a las propiedades de la argumentación práctica y norma la forma de realizar la fundamentación por medio de las formas anteriores. Se formula en dos variantes:

### **Variantes de la universalidad:**

- Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas (Principio de intercambio de roles).
- Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos (Principio del consenso).
- iii) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general (Principio de publicidad).

### **Variante moral:**

- Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico -crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba: primero, si, aunque originariamente se pueda justificar racionalmente, sin embargo, ha perdido después su justificación, o segundo, si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes (Regla de la génesis social).
- Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica -individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido solo sobre la base de condiciones de socialización no justificables (Regla de la génesis individual) (p. 161).

vi) **Las reglas de transición**, parte de la concepción que, en el discurso práctico surgen inconvenientes sobre hechos (discurso teórico), problemas lingüísticos y conceptuales (discurso de análisis del lenguaje) o de cuestiones concernientes a la propia discusión práctica (discurso de teoría del discurso). Lo que da lugar a la consideración de las siguientes reglas:

1°. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (Empírico).

2°. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje (análisis, lingüístico, conceptual y lógico).

3°. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso (Metadiscurso) (p. 162).

### **Limitaciones del discurso práctico general.**

Siguiendo a Atienza (2005), sostiene que las "reglas de la razón" se cumplen de manera aproximada, y el cumplimiento de un acuerdo no está del todo determinado; así, lo que es correcto no significa necesariamente que se debe actuar en ese sentido; es ante ello, que es necesario fijar un sistema jurídico que sirva, en cierto sentido, para cerrar esta laguna de racionalidad. Así, Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al discurso práctico general: el primero, **la creación estatal de normas jurídicas**, como se expuso las reglas del discurso práctico general son algunas discursivamente imposibles, otras discursivamente necesarias, y discursivamente posibles, lleva a establecer a que se han incompatibles entre sí, por ello el discurso jurídico tiene a seleccionar solo algunas de estas normas discursivas posibles, además no es posible garantizar resolver de forma lógica, debido a la vaguedad del lenguaje jurídico, lo que implica la imprecisión de reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles; por ello se requiere del segundo procedimiento, **la argumentación jurídica o discurso jurídico**, este también tiene sus límites, porque no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso; entonces corresponde recurrir al tercer procedimiento, nominado **el proceso judicial**, ella presenta una respuesta discursivamente posible (pp. 162 -164).

### **b) El discurso jurídico**

De acuerdo con Atienza tomando a Alexy (2005), el discurso jurídico está compuesto por tres criterios: 1) Donde se discuten las cuestiones prácticas, 2) Se presenta una pretensión de corrección (donde la justicia sería un caso de pretensión de corrección), y 3) Está limitado dentro de un contexto condicional (de ahí que es un caso especial). En definitiva, en el discurso jurídico no se busca sostener que una proposición es sin más racional, si no lo que se busca que sea fundadamente racional dentro del escenario del ordenamiento jurídico

vigente; entonces, en ella se utiliza las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, en síntesis, expresan la subordinación a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, también se añade la justificación interna y externa (p. 164).

### **Las reglas y formas del discurso jurídico:**

i) **Las reglas y formas de la justificación interna**, Alexy citado por Atienza (2005), manifiesta que existen dos criterios, una forma simple y una forma más general:

La forma simple (deductiva):

1°. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

2° La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto a otras proposiciones (p. 165).

1° (x)  $(Tx \rightarrow ORx)$  T = Supuesto de hecho de la norma

2° Ta O = operador deóntico general

3° ORa R = expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma  
"x" y "a" = simbolizan una variable y una constante de individuo

La forma más general (es más complicada, tiene más pasos), se presenta así:

1° (x)  $(Tx \rightarrow ORx)$

2° (x)  $(M_1x \rightarrow Tx)$

3° (x)  $(M_2x \rightarrow M_1x)$

4° (x)  $(Sx \rightarrow M_nx)$

5° Sa

6° Ora (1° y 5°)

Ejemplo:

Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.



Quien mata alevosamente, comete un asesinato.

Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente.

Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión.

X mató a Y mientras este último estaba dormido.

A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor (p. 166).

ii) **Las reglas y formas de la justificación externa**, siguiendo a Alexy (citado por Atienza 2005), hace referencia a la *justificación de las premisas*, las que pueden ser de tres tipos: la primera, reglas del derecho positivo (su justificación consiste en mostrar su validez, en función de los criterios del sistema); segundo, enunciados empíricos (se justifican en función de los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba); y en tercer lugar, enunciados que son básicamente reformulaciones de normas (para justificar hay que acudir a la argumentación jurídica) (p. 166).

Para este criterio se utilizan las siguientes reglas, propuestas por Alexy:

### **Regla y forma de la interpretación.**

Parte con explicar sobre el modelo de la justificación interna:

(1)  $(T \rightarrow ORx) (R)$

(2)  $(Mx \rightarrow Tx) (W)$

(3) Ma

(4) ORa (1) – (3)

De la regla R (1) y de la regla de uso de las palabras W (2), se sigue la regla R'

(5)  $(Mx \rightarrow ORx) (R')$  que es una interpretación de R a través de W.

Una de las funciones más importantes de los cánones -aunque no la única - es la de fundamentar tales interpretaciones, esto es, justificar el paso de R a R'. A su vez, se distingue seis grupos de argumentos interpretativos: semánticos (se usan para justificar, criticar o

mostrar una interpretación), genéticos (la voluntad del legislador o lo que pretende alcanzar), teleológicos (finalidad), históricos, comparativos y sistemáticos.

### **Regla de la argumentación dogmática.**

Alexy citado por Atienza (2005), concibe la dogmática jurídica como: una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y tienen contenido normativo (p. 169).

Además, precisa Atienza (2005), que tiene funciones: de estabilización (puesto que fija durante largos períodos de tiempo ciertas maneras de decisión); de progreso (amplía la controversia jurídica en su dimensión temporal, objetual y personal); de descarga (no debe volver a discutirse todo cada vez); técnica (la exhibición unificada y sistemática de la materia sirve como información y promueve la enseñanza y la aptitud de transmisión); de control (al aceptar elegir casos en relación con los ya decididos y por decidir, incrementa la efectividad del principio de universalidad y de justicia); y heurística (las dogmáticas tienen modelos de solución y proponen nuevas preguntas y respuestas) (p. 169).

Las reglas de la argumentación dogmática para Atienza (2005), se refieren: a la necesidad de sustentar las proposiciones dogmáticas, en último término, en enunciados prácticos de tipo general; a la posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean verificados sistemáticamente, tanto en sentido estricto (se trata de ver si el enunciado se ajusta al enunciado dogmático ya aceptado y a las disposiciones jurídicas vigentes), como en sentido amplio (en esta parte tendría que verse si las decisiones a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos y disposiciones jurídicas, son compatibles entre sí según puntos de vista prácticos de tipo general); y a la necesidad de usar argumentos dogmáticos, ya que su utilización no solo no contradice los principios de la teoría del discurso, sino que es "un modo de argumentación exigido por esta en el contexto particular del discurso jurídico". Se formula así:

Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser sustentado a través del empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

Todo enunciado dogmático debe ser comprobado sistemáticamente, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

Si son posibles los argumentos dogmáticos, deben ser utilizados (p. 170).

### **Regla sobre el uso de los precedentes.**

Esta argumentación dice Atienza (2005), tiene mucha coincidencia con la argumentación dogmática, y su uso se justifica en el campo del discurso jurídico que, no puede llenarse con decisiones cambiantes e incompatibles entre sí, porque significa aplicar una norma, entonces es una extensión más del principio de universalidad, pero, tampoco es absoluta, pues ello iría en contra de las reglas del discurso -todos pueden problematizar cualquier aserción -, entonces, en el caso de apartarse del precedente corresponde realizar la carga de la argumentación. Las reglas se formulan así:

-Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión (solución a la controversia), debe utilizarse.

-Cuando se aparten de un precedente asumen la carga de la argumentación (p. 170).

**La argumentación práctica general** (tiene reglas y formas específicas ya desarrolladas en el discurso práctico).

**La argumentación empírica** (no tiene reglas, solo se limita a establecer "para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico").

### **Formas especiales de argumentación jurídica.**

Atienza (2005), señala que Alexy aborda tres formas de argumentos jurídicos especiales, que se utilizan, pero no son de uso exclusivo: el argumento a contrario, la analogía y la reducción al absurdo.

La regla formulada es así:

A contrario:

(1)  $(x) (OGx \rightarrow Fx)$

(2)  $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$

La analogía:

(1)  $(x) (Fx \text{ y } F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$

(2)  $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$

(3)  $(x) (Hx \rightarrow OGx) (1), (2)$

La reducción al absurdo:

(1)  $\neg OZ$

(2)  $R' \rightarrow Z$

(3)  $\neg P'$

T=Supuesto de hecho de la norma

R=Regla, que debe hacer el destinatario de la norma

O=Operador deóntico general

y x y a=Variable y constante de individuo (p. 171).

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

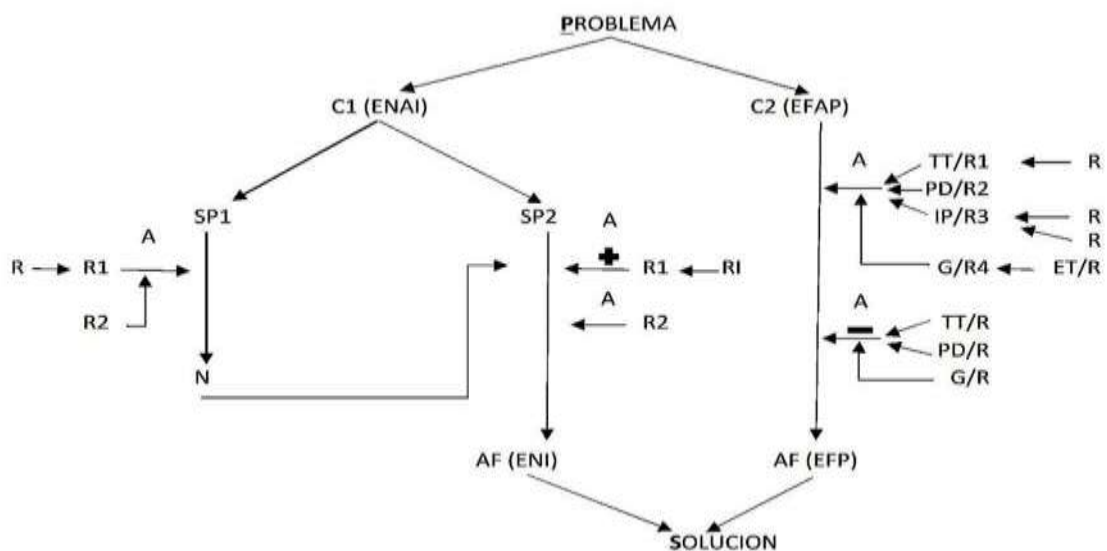
En términos de Manuel Atienza (2013), para entender la dimensión argumentativa es necesario conocer las concepciones de la argumentación, como la de formalidad (basado en el resultado de la argumentación, donde no se toma en cuenta las razones, pues las premisas tienen un mismo valor, su representación es lineal, en esta el centro de atención es la

inferencia), la material (donde la argumentación se basa en razones y el centro de atención son las correcciones de las premisas y la conclusión) y el pragmático (la argumentación se presenta como una actividad lingüística -lenguaje -, a través de las dos dimensiones la retórica -que tiene por propósito de persuadir al auditorio por parte del orador - y la dialéctica -donde el discurso es entre el proponente y oponente -), los mismos que toma para plantear su postura, y con el que responde a tres preguntas importantes de la argumentación jurídica: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el derecho (p. 423).

### 1° El análisis de la argumentación.

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

Así, presenta el siguiente diagrama:



Fuente: Manuel Atienza adecuado al lenguaje del suscrito.

Formula:

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

C = Criterios de solución

ENAI = Enunciado normativo a interpretar.

EFAP = Enunciado fáctico a ser probado.

SP = Suposiciones

RI = Regla de interpretación

R = Razones

N = Negación

AF = Afirmación

A = Argumento

+ = Peso considerable

~ = Argumento débil

TT = Testimonio de un testigo

PD = Prueba documental

IP = Informe pericial

ME = Máximas de la experiencia

ET = Enunciado teórico

ENI = Enunciado normativo interpretado

EFP = Enunciado fáctico probado

S = Solución

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

Lo expuesto se explica del siguiente modo: P es el problema a resolver, donde en algunos casos la línea argumentativa dependerá si se trata de una "Cuestión jurídica - Interpretación" o "Cuestión fáctica – actividad probatoria", que en ocasiones se trata de ambos criterios. Si

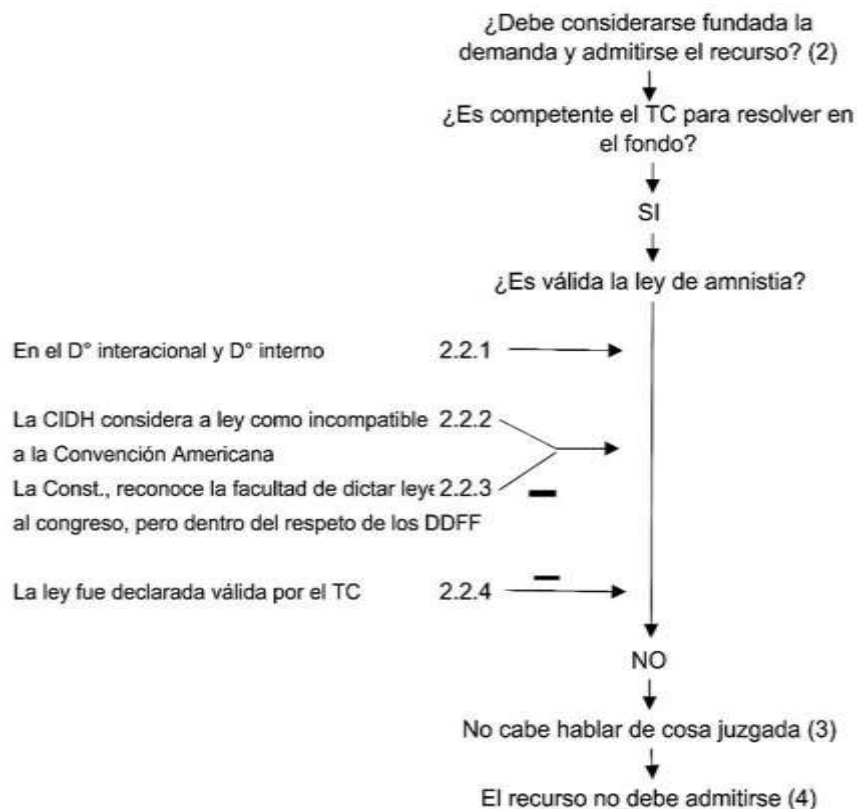
se trata de ENAI, de acuerdo con Atienza (2013) siempre se dilucida a través de dos supuestos una que la niega y otra que la afirma (SP1 y SP2), pero ambas cuestiones se encuentran sustentadas por razones (R), y estas a través de otras razones pudiendo ser independientes o corroboradores, donde indudablemente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

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

- i) Los hechos del caso (La narración), que posibilita el planteamiento de un problema jurídico.
- ii) El problema jurídico, que por lo general es binario. Por ejemplo, ¿Se debe o no ratificar la sentencia?
- iii) Las cuestiones o subcuestiones que depende la solución del caso. Por ejemplo, ¿Cómo interpretar el enunciado normativo? ¿Se debe considerar probado un hecho?
- iv) La respuesta a esas cuestiones, es decir, el sentido normativo y el hecho probado si fuera el caso.
- v) Las razones en las que se apoya las respuestas. Se distingue rationes decidendi y obiter dicta, es decir, las razones del Juez o el Tribunal.
- vi) La solución o respuesta al problema. Por ejemplo, la ley es constitucional o debe ratificarse la sentencia.

vii) La decisión. Se ratifica la sentencia impugnada (pp. 430 -431).

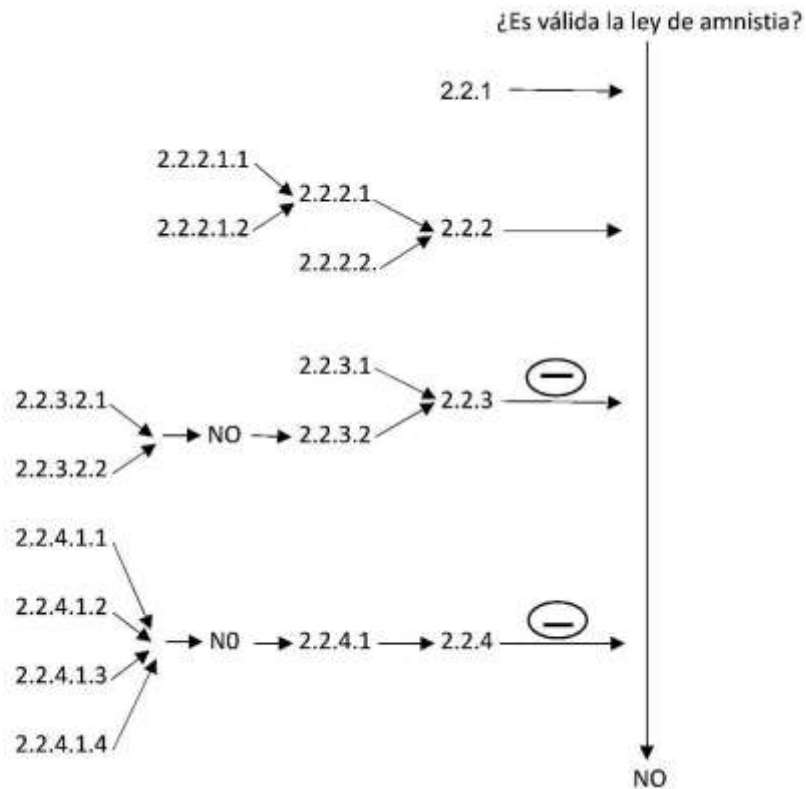
Siguiendo a Manuel Atienza (2013 p. 565), respecto a la utilidad del uso del diagrama de flechas, analiza la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el caso Santiago Enrique Martín Rivas (Exp. N° 679 -2005 -PA/TC). En efecto se representa del siguiente modo:



Fuente: Manuel Atienza adecuado al lenguaje del suscrito.

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





Fuente: Manuel Atienza adecuado al lenguaje del suscrito.

El diagrama se explica del siguiente modo:

### Argumentos positivos

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

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

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

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

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

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

### **Argumentos negativos** (de defensa u oposición)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **2° La evaluación de la argumentación.**

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

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

ii) **Coherencia**, esta idea está referida a la consistencia lógica, en el sentido a la compatibilidad de la sentencia judicial, norma o narración de un hecho con los valores, principios y teorías (en función de lo que existe = pasado), para entenderla como justificada, por lo que es necesario distinguirla con la inconsistencia lógica (incompatibilidad con la norma o elemento probatorio) que es distinta. Entonces, aquí se pretende dilucidar en el caso de la interpretación de una norma, si es la más acorde a los principios y valores del sistema, o en su caso la moral y la política. Por otro lado, la coherencia narrativa, permite considerar probado un hecho, una hipótesis fáctica, porque encaja mejor con una serie de hechos probados y con las leyes científicas, relaciones de causalidad, máximas de la experiencia

(método de abducción = hipótesis más coherente al adivinar). Finalmente, la coherencia también implica agregar una información ante una laguna (la analogía que incluye argumentos como a pari, a fortiori y a contrario), y en el caso de ser contradictoria, implica suprimir un pedazo de la información (argumento ad absurdum por el cual se elimina una determina interpretación para evitar la incoherencia).

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

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

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

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

i) Cuestiones procesales, está referido a criterios normativos y fácticos, que se encaja en los conceptos de legitimación procesal, recusación, prescripción, etc.

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

### **3° Cómo argumentar en derecho.**

Siguiendo a Manuel Atienza (2013), distingue las siguientes fases:

- i) Identificación y análisis del problema, es la determinación del estado de la causa. Esta fase es distinta de acuerdo con la presencia de los operadores jurídicos (Juez, Fiscal, abogado, etc.). En el caso del Juez de apelación y un abogado que contesta la demanda o

presentar un recurso, lo que debe hacer es analizar y evaluar las argumentaciones en función de los criterios ya desarrollados, es decir, dividir la fase en subyacentes y representarlos gráficamente, identificar la cuestión controvertida (procesal, calificación, de prueba, etc.), evaluar los argumentos aportados por el Juez y las partes.

ii) Propuesta de una solución, en la ejecución del anterior criterio, ya se tiene una idea sobre la solución al caso, para luego precisar en términos explícitos la solución, este varía de acuerdo con la postura del abogado (la solución que favorece a su patrocinado), y la del Juez (se pregunta cuál es la solución correcta del caso). La estrategia para el Juez es la "búsqueda hacia atrás", es decir, dar una respuesta al problema (lo que implica definir el problema antes), seguidamente resolver las cuestiones particulares que dependen para llegar a la solución (argumentos sólidos). En fin, realizar el diagrama de flechas.

iii) Comprobación y revisión, realizado el esquema anterior, corresponden analizar la solidez de los pasos, en particular los contra argumentos para el Juez, para tomar una postura.

iv) Redacción de un texto, se trata de la elaboración del discurso (escrito u oral), para el caso es de observarse tanto para el abogado, fiscal o juez, las desarrolladas por Aristóteles, que se presenta en cinco partes: Primero, el exordium, que consiste en identificar el problema sobre el que hay que argumentar; Segundo, *la narratio* que consiste en exponer los hechos de la causa; Tercero, la divisio, consiste en la división de los puntos a tratar con distinción en los que hay acuerdo y contradicción; Cuarto, *la argumentatio* consiste en exponer los argumentos propios y refutar los contrarios; y, Quinto, la *peroratio* consistente en recapitular los argumentos expuestos y apelar a la emoción del auditorio. A ello habría que añadir, para el caso de la redacción tres reglas importantes referidos a claridad, precisión y concisión (pp. 647 -650).

## **2. 5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial**

### **2. 5. 1. Derechos Fundamentales**

#### Conceptos

En la literatura jurídica existe consenso en señalar que es complejo y difícil definir los derechos fundamentales, en razón de que se reconoce como derechos fundamentales solo a

los positivizados (recogidos en las cartas constitucionales), pero otros señalan que también se incluyen a los no positivizados, aunado a otros aspectos como que se debe diferenciar los derechos en razón de la idiosincrasia de un determinado país (países islámicos y comunistas), a su vez que se debe definir a través de la concepción contemporánea (la constitucionalización); frente a ello, se toma la expresión de Sieckmann (2011), "El problema no es elucidar cuál sea el concepto correcto [...]. El objetivo debe ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho" (p. 28). En ese cometido se presenta en adelante conceptos que tienen por finalidad brindar la importancia de los derechos fundamentales.

Ferrajoli (citado por Giorgio Pino, 2016), propone una definición formal, así los derechos fundamentales son "derechos universales, atribuidos a todos en cuanto personas o ciudadanos o capaces de actuación, tales como que sean en concreto, aunque fútiles o peor moralmente reprobables, las expectativas positivas o negativas con ellos firmados" (p. 313). Por su parte Giorgio Pino (2016), realiza críticas a este concepto señalando que en ella debió utilizarse conceptos como derecho subjetivo, norma jurídica y jerarquía normativa por ser no tan clara; ante ello propone la siguiente definición "un derecho fundamental es un derecho subjetivo atribuido por normas debido a una posición aplicable en la jerarquía de las fuentes o de las normas dentro de un ordenamiento" (p. 319), con lo que eleva al concepto de derecho fundamental a una posición jerárquica superior.

Para Pazo Pineda (2014), los derechos fundamentales son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional." (pp. 23 - 24). Esta definición presenta ciertas características, el contenido de los derechos fundamentales no es indeterminado en el ámbito temporal, pues depende de las necesidades históricas, y esta necesidad debe motivar el reconocimiento de la persona humana, y estos deben ser reconocidos tanto en su normativa local y la internacional (tratados) (p. 24).

En definitiva, derecho fundamental es aquel valor intrínseco a la condición de ser humano, la cual debe ser respetado por los demás ciudadanos y su cumplimiento ha de ser realizado por el Estado, como ente que garantiza componer las extralimitaciones de los ciudadanos.

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

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

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

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

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

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

“(...) El reconocimiento de que todo ser humano es titular de derechos fundamentales, solo por el hecho de serlo (humano). Estos derechos no dependen de la nacionalidad de la persona o del territorio donde esta se encuentre: los porta la persona en sí misma. Por tanto, esos derechos no le pueden ser arrebatados lícitamente por la sociedad. Como se ha dicho anteriormente, estos derechos no dependen del reconocimiento del Estado ni son concesiones suyas; son derechos universales que corresponden a todos los habitantes de la tierra. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía, y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección”.



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

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

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

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

De acuerdo con Mazzaresse (2003), se refiere a la articulación de las formas y modalidades de la jurisdicción, es decir, en la definición de las modalidades procedimentales con arreglo a las cuales se da aplicación judicial del derecho, que brinda garantía y que también posibilita una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales (p. 692).

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

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

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

fundamentales apelando a la práctica jurisprudencial como una interpretación adecuada a la ley (pp. 694 -695).

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

### **2. 5. 2. Razonamiento judicial.**

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

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

#### **2. 5. 2. 1. El silogismo**

Se entiende como silogismo quien pertenece al "modo de argumentación lógica, base de la dialéctica antigua, compuesto por dos premisas o bases y una conclusión forzosa de aquellas. Su decadencia es evidente, sin desconocer su eficacia ocasional; y principalmente porqué, para establecer la premisa mayor, ya tiene que conocerse el resultado que se propone; así, para concluir de la mortalidad de un individuo, hay que afirmar la de todos, no comprobada todavía al menos para los vivientes.

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

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

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

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

Para Moreno Catena (cómo se citó en Zavaleta Rodríguez, 2014), en relación con el *control de la motivación de las resoluciones judiciales*, una cosa es el procedimiento por el que se llega a la decisión (*contexto de descubrimiento*); y otras cosas distintas, es la operación de justificación, es decir, el apoyo a las premisas del razonamiento a través de razones que hagan viable la conclusión (*contexto de justificación*) (p. 47).

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

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

Desde la perspectiva del control de la motivación, la motivación suficiente puede merecer dos perspectivas distintas que le asignan un contenido variable.

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

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

## **2. 6. La sentencia casatoria penal**

### **2. 6. 1. Concepto**

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

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

### **2. 6. 2. La sentencia penal**

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

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

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

Bajo las precisiones anotadas, se puede colegir que la sentencia penal, es una resolución judicial que pone al fin al procedimiento penal, luego de una debate probatorio y alegación de las partes, determinando la responsabilidad o inocencia del involucrado.

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

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

La actividad de la motivación se desenvuelve observando la estructura de una sentencia, para ello seguimos a San Martín Castro (2014), que refiere, está compuesto por un encabezamiento, parte expositiva o antecedentes, parte considerativa o motivación, y la decisión o fallo (p. 649).

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

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

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

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

## **2. 6. 4. Recurso de casación**

### **2. 6. 4. 1. Conceptos generales**

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

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

#### **2. 6. 4. 2. Concepto.**

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

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

Entonces el recurso de casación se concibe como el medio de impugnación ante un ente superior en grado a fin de cuestionar errores de derecho sustantivo o procesal.

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

Nieva Fenoll (citado por Díaz Cabello, 2014), distingue dos finalidades de la casación, los aparentes y los estrictos, en el primero se encuentra la formación de la jurisprudencia, con lo que se garantiza la protección del ordenamiento jurídico; y, lo segundo, a su vez se divide en dos, los inmediatos -se encuentra la función nomofiláctica y el interés de las partes - y mediatos -preservación del principio de igualdad - (pp. 57 -58). Concepto que en la realidad ha venido evolucionando.

Luego esta las definiciones que completan el sentido de la casación, como los de Calderón y Alfaro (citado por Díaz Cabello, 2014), en el sentido que la casación tiene cuatro fines: 1° Uniformizar la jurisprudencia, por cuanto el órgano supremo es el intérprete final de las normas, claro, está desde la perspectiva jurisdiccional; 2° una función nomofiláctica; 3° una función dikelógica; y, 4° el control de logicidad o motivación de las resoluciones. (p. 59).

A estas elucubraciones, se añade el concepto de San Martín Castro (2001), pues, la casación tiene una finalidad eminentemente defensora del *ius constitutionis*, en el sentido que la Constitución se debe entender como norma suprema del ordenamiento jurídico, lo que se cumplirá a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o

salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas (p. 718).

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

De los conceptos anotados y la normatividad procesal penal, es posible establecer, que el recurso de casación tiene cuatro funciones principales: La unificación de la doctrina jurisprudencial, la función de control normativo (nomofiláctico), la función de control de logicidad; y, la función dikelógica.

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

Proviene del griego *nomos* (ley) y *philasso* (guardar) "Guardián de la ley". Para otros proviene del subfijo griego *nomos* que significa gobierno, norma o ley, y de la voz *Filaké* que significa defensa, guardar. El objetivo es controlar la correcta observancia de la norma jurídica frente a las resoluciones judiciales que la infrinjan, sea a través de una errada interpretación de la norma aplicada o por omisión en su aplicación, entonces, su función es la defensa del derecho objetivo y restablecer el principio de legalidad. Esta es una noción tradicional o antigua.

La concepción moderna de la función nomofiláctica, se presenta de acuerdo con Palacio (citado por Neyra Flores, 2015), en dos sentidos: Una, la errónea aplicación de la ley sustantiva, que puede consistir en el error de seleccionar la ley o en el sentido del alcance de la ley al caso, de modo tal, se materializa en forma negativa o positiva (el primero, se presenta cuando se omite aplicar a un hecho la norma que genuinamente lo conceptualiza; y el segundo, se presenta cuando se aplica al hecho una norma que no es la adecuada o cuando se aplicó la norma adecuada se le dio un alcance distinto al que reviste o se le da una consecuencia que no le corresponde); y, Dos, también se presenta ante la inobservancia de leyes procesales, es un vicio producido por la carencia de los presupuestos de la formación material de la sentencia y además de aquellos que condicionan la validez de los actos procesales anteriores a ella, es decir, el conjunto del proceso (p. 623).



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

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

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

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

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

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

Esta función, en términos de Ibérico Castañeda (2010), se refiere al control de la construcción lógica de la decisión jurisdiccional, así se denomina a los errores de logicidad como *errores in cogitando* (se refiere a la falta de motivación y defectuosa motivación, a su vez esta última asume las dimensiones de aparente motivación, insuficiente motivación y defectuosa motivación propiamente dicha). Argumentos estos que se desarrollan en la parte de las patologías de la motivación.

De acuerdo con Benavente (citado por Diaz Cabello, 2014), en la función de control de logicidad se debe observar los principios lógicos del buen pensar, como: el principio de identidad ("A es A": una cosa es siempre la misma); el principio del tercero excluido (si hay

dos juicios absolutamente contradictorios A es B y no A no es B, no es posible una tercera posibilidad; el principio de no contradicción (al mismo tiempo dos juicios no pueden contradecirse); y, el principio de razón suficiente (para la validez de una conclusión es imprescindible que la misma esté probada sobre la base de otros elementos reconocidos como verdaderos) (p. 67).

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

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

Sobre esta parte coincidiendo con Ibérico Castañeda (2010), ante la interposición del recurso de casación, no hay duda que al ser positivo los resultados que se persigue, son de interés del particular (ius litigatoris), estando que lo beneficiará (sea en el sentido de la absolución o la nulidad de los actos procesales y reinicio del procedimiento) (p. 198).

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

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

a) Es un recurso jurisdiccional, pues, es de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema;

b) Es un recurso extraordinario, pues, solo puede ser interpuesto contra determinadas resoluciones, por motivos estrictamente tasados y está regido por un rigor formal; y,

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

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

a) *Recurso jurisdiccional*

El órgano que resuelve la casación es de naturaleza jurisdiccional.

b) *Recurso extraordinario.*

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

c) *Efecto no suspensivo.*

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

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

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

e) *Limitado.*

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

f) *Inimpugnable.*

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

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

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

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

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

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

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

- Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
- Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
- Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.

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

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

#### **2. 6. 4. 5. 2. Presupuestos subjetivos.**

Este criterio se divide en dos elementos:

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

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

En esta se considera los siguientes elementos:

- a) **Tiempo.** La oportunidad procesal es de diez días contados desde el día siguiente de la notificación (art. 414, numerales 1 y 2 del Código procesal penal).
- b) **Modo.** Por escrito u oral, con la particularidad que el último siempre ha de ser formalizada por escrito. (art. 405, numeral, 1 literal b) y numeral 2 del Código procesal penal respectivamente).

- c) **Lugar.** El recurso debe ser interpuesto ante la Sala de mérito que expidió la decisión judicial cuestionada.

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

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

El Código procesal penal en el artículo 429°, tiene delimitado las causales, por los que motiva el recurso de casación, y es como sigue:

##### **2. 6. 4. 6. 1. Casación constitucional (Inciso 1°).**

Esta causal se invoca, cuando en la resolución (sentencia o auto de vista respectivamente), se inobservó o aplico indebidamente o interpretó erróneamente, garantías constitucionales de carácter procesal o material

En términos de Ibérico Castañeda (2010), en general se hace referencia a las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales (Ejemplo, art. 2° de la Constitución), así como a las normas que configuran un proceso garantista (Ejemplo, art. 139° de mismo texto constitucional) (p. 202).

#### **2. 6. 4. 6. 2. Casación procesal (inciso 2°).**

Esta causal se invoca, cuando existe inobservancia de una norma procesal (adjetiva), la cual acarrea la nulidad del acto procesal.

En términos de Ibérico Castañeda (2010), la inobservancia de la forma procesal acarreará la nulidad del acto procesal, siempre que ello genere indefensión para alguna de las partes, es decir, vulneratoria de la garantía de los derechos fundamentales (p. 202).

Por su parte la Corte Suprema, señala que el contexto de esta causal "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 de la pretensión y resistencia de las partes" (Casación N° 01 -2007 – Huaura F. 3).

#### **2. 6. 4. 6. 3. Casación material o sustantiva (inciso 3°).**

Esta causal se invoca, en términos de Ibérico Castañeda (2010), 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. En esta se exige, que las normas materiales en cuestión se refieran a aquellas que reconozcan derechos o establezcan obligaciones y que no indiquen un procedimiento a seguir. Además, el citado autor expone:

- Cuando se denuncia indebida aplicación, lo que se está diciendo es que la instancia de mérito ha resuelto el conflicto aplicando una norma cuyo supuesto de hecho no subsumía lo ocurrido fácticamente, es decir, se aplicó una norma impertinente, cuando se alega esta causal es requisito ineludible que el denunciante especifique, de acuerdo con su criterio, cuál era la norma aplicable.
- Cuando se denuncia la interpretación errónea de una norma de derecho material, lo que se está diciendo es que la norma aplicada por la Sala es la correcta, pero que no se le ha dado el sentido, el alcance o significado adecuado, cuando se alega esta causal es imprescindible que el denunciante especifique, de acuerdo con su criterio, cuál es la interpretación correcta de dicha norma (p. 202).

#### **2. 6. 4. 6. 4. Casación por error in cogitando (inciso 4°).**

Esta causal se invoca, cuando la resolución impugnada ha sido expedida con manifiesta ilogicidad de la motivación (consideración adjetiva), este vicio en la literatura jurídica se denomina *vicios in cogitando*, que en otras palabras está referida a la obligación constitucional de motivar la decisión judicial (Esta parte se desarrolló en el apartado del derecho a la motivación).

#### **2. 6. 4. 6. 5. Casación jurisprudencial (inciso 5°).**

Esta causal se invoca, en términos de Ibérico Castañeda (2010), cuando la resolución, materia de cuestionamiento, se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional, sin la debida motivación o justificación que se requiere (p. 202).

#### **2. 6. 4. 7. La casación penal en algunas legislaciones extranjeras**

##### **2. 6. 4. 7. 1. Colombia.**

En la legislación colombiana, el instituto procesal del recurso de casación se encuentra prevista en el artículo 181°, que expresa:

##### Procedencia

El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

- 1). Falta de aplicación, integración errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
- 2). Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
- 3). El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.



4). Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamentos las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil. (Código de procedimiento penal colombiano Ley 906 de fecha 31/08/04).

Como se observa, las causas del recurso de casación son similares a la legislación peruana, claro, está con ciertos matices en cuanto a las denominaciones, pero, que en el fondo solo se apertura la instancia casatoria en vía de control constitucional y legal.

Así también, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado:

La casación, definida por el legislador como un recurso extraordinario y excepcional, tiene dos funciones primordiales: la de unificar la jurisprudencia nacional, y la de proveer la realización del derecho objetivo, función que se ha denominado nomofiláctica o de protección de la ley (Sentencia T -1306/01 F. 2).

#### **2. 6. 4. 7. 2. Argentina.**

En la legislación argentina, el órgano jurisdiccional que asume competencia para el recurso de casación es la Cámara Federal de Casación Penal, así el Código procesal penal de la nación argentina (Ley N° 23.984, de Decreto Nacional 1162/2000, del 09/09/91).

Para Moras Mom (2004), el recurso de casación en Argentina:

“tiene por objeto mantener la fiel, correcta y uniforme aplicación de la ley, tanto de fondo como de forma, en cada proceso concreto que le sea llevado a sus estrados con la imputación de no haberse en él aplicado la ley o haberlo hecho erróneamente” (p. 391).

En esta legislación, el recurso de casación se encuentra estipulado en el Capítulo IV, artículo 456° y siguientes, así las causales son:

Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación.

Este recurso procede, de acuerdo con el artículo 457°, contra " las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena, además de otros casos previstos".

En definitiva, en esta legislación, también se persigue la función nomofiláctica y la unificación de la jurisprudencia, puesto que pretenden corregir los vicios sustantivos y unificar los criterios interpretativos.

#### **2. 6. 4. 7. 3. España.**

En la legislación española, el recurso de casación se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real decreto de 14 de septiembre de 1882, modificada), así en el artículo 847° y siguientes establece:

1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

Artículo 848.

Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se hayan dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.

#### **Artículo 849.**

Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.

2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

#### **Artículo 850.**

El recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma:

1.º Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

2.º Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.

3.º Cuando el presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

4.º Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio.

5.º Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

### **Artículo 851.**

Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa:

1.º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

2.º Cuando en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.

3.º Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

4.º Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.

5.º Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de magistrados que el señalado en la Ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen.

6.º Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

## **2. 7. Derechos involucrados de acuerdo con el caso**

De acuerdo con la sentencia casatoria, la Sala Suprema advierte que se habría vulnerado el principio de logicidad y apartamiento de la doctrina jurisprudencial, así estas causales se ubican dentro del contenido del derecho a la debida motivación (art. 429° literal 4 del Código procesal penal) y la observancia de la jurisprudencia vinculante (art. 429° literal 5 del Código procesal penal), por lo que, para el caso conviene desarrollar estas instituciones.

### **2. 7. 1. Derecho a la debida motivación**

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

##### **2. 7. 1. 1. 1. Concepto de garantía.**

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

Entonces la garantía desde la perspectiva constitucional es una institución que tiene por objetivo proteger los derechos constitucionales (obligación, prohibición y sanciones ante la violación de los derechos) y velar por la supremacía de la Constitución que contiene los derechos fundamentales.

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

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

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

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

Cerrando en clave sobre la idea sobre las garantías, se tiene lo expresado por Goerlich (citado por Landa Arroyo, 2012, pág. 11), que expresa las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material y formal de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y otras entidades.

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

La garantía constitucional sobre la motivación judicial (derecho fundamental), implica que los justiciables pueden hacer uso de los mecanismos procesales para reparar la inobservancia de la motivación por parte de la autoridad, así, esta se garantiza a través del recurso de apelación para que en un órgano superior (unipersonal o colegiado) pueda revisar la decisión primigenia (Poder Judicial), pudiendo incluso recurrir vía acción ante el Tribunal Constitucional (Acción de amparo y Habeas Corpus -en caso de conexidad -). De manera que se encuentra garantizada la observancia de la motivación judicial.

En la Constitución, este derecho fundamental se encuentra expresada:

“Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta”.

De manera que, se proscribe las decisiones arbitrarias, entendidas como: decisiones caprichosas, vagas e infundadas desde la perspectiva jurídica; decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y, decisiones contrarias a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (STC N° 0090 -2004 -AA, F. 12).

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

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

El dilema como se observa, se origina cuando en un mismo Estado se plantea el uso de ambos conceptos, donde necesariamente se debe realizar una diferencia de su contenido, el autor en referencia señala que corresponde a los intérpretes de la Constitución definir sus respectivos alcances (p. 156).

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

Siguiendo al mismo autor, el derecho a la tutela procesal efectiva “parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia” (p. 61).

Entonces, expone el autor en referencia, en resumen, el derecho a la tutela procesal efectiva garantiza el “(...) que cualquier persona pueda recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer su pretensión, sin que se le obstruya o disuada de manera irrazonable. El derecho al debido proceso, (...) supone, la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, así como de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso” (p.61).

En esta parte resulta clave entender el concepto del derecho a la debida motivación, para ello se toma lo expuesto por el Tribunal Constitucional, en el sentido que este derecho:

“[...] garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver” (STC N° 1230 -2002 -HC/TC, F. 11).

Entonces, es indudable la relación del derecho a la debida motivación (lógica y coherente) con el derecho del debido proceso, en el entendido que ella esta es el continente, pues supone la observancia de todos los derechos fundamentales en un determinado procedimiento, y la motivación es parte de uno de esos derechos a observar.

Es de considerar que la finalidad de la motivación judicial, es que el justiciable y la ciudadanía conozcan las razones y justificaciones de una decisión judicial, en el entendido que para el primero permitirá ejercer su derecho de defensa respecto a lo resuelto y para el caso de la ciudadanía la legitimación social.



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

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

#### **2. 7. 1. 2. 1. Función endoprocesal.**

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

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

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

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

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

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

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

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

"Respecto de las partes, se pretende conseguir su convencimiento sobre la justicia de la decisión, enseñándoles adecuadamente el alcance de la sentencia y facilitarles los recursos; y en lo concerniente a los tribunales que examinan los recursos presentados, la motivación de las sentencias permite un control más cómodo tanto en apelación (porque revela los hipotéticos vicios de la decisión recurrida) como en casación" (STC N° 01744 -2005 -AA/TC F. 5).

### **2. 7. 1. 2. 2. Función extraprosesal.**

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

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

a) *La motivación otorga legitimidad al ejercicio del poder jurisdiccional.* Se refiere a que la decisión judicial debe ser expresión de la racionalidad y razonabilidad, en ese sentido, el

juez debe comunicar a los ciudadanos las razones de su decisión, con el que crea confianza en los ciudadanos que el criterio adoptado proviene del ordenamiento jurídico. Para alcanzar este criterio la función de la motivación exige que sea pública, inteligible y auto suficiente, vale decir que sea entendible para los ciudadanos.

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

c) *La motivación verifica la validez constitucional del sistema de fuentes en su aplicación.* Parte en considerar que al aplicar una norma jurídica se supone que es compatible con la Constitución (es decir, es constitucional por tanto corresponde aplicarla); de allí que, si advierte una incompatibilidad entre el dispositivo legal y la Constitución, debe preferir la última (control de constitucionalidad).

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

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

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, la motivación cumple una función social y política. El primero, bajo el criterio que la motivación de las decisiones judiciales constituye un verdadero veredicto sobre el sistema jurídico en su conjunto (siempre que se realice una debida interpretación judicial del derecho), situación que es de interés de la sociedad y no solo de las partes del proceso; y, Segundo: la función política de la motivación supone una especie de plebiscito permanente en la actuación del juez, que importa no solo a las partes si no, además a la sociedad en su conjunto, pues, el juez da cuenta pública de su imparcialidad (STC. N° 01744 -2005 -AA/TC F. 5).

### **2. 7. 1. 2. 3. Función pedagógica.**

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

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

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

#### **2. 7. 1. 3. 1. Falta de motivación.**

Esta modalidad implica la ausencia total o parcial de los fundamentos de la decisión judicial, pero, con la particularidad que debe ser en lo esencial. Así, será ausente la motivación, cuando no existe ella en la decisión (no existe o no evidencia la característica estructural de la decisión, es decir, ni expresa ni tácita); y es parcial, cuando se dan los casos de motivación por remisión (la justificación se reenvía a la contenida en otra resolución, la conocida "por sus propios fundamentos") y motivación implícita (es la justificación que se deduce del conjunto de razonamiento expuestos en la resolución).

#### **2. 7. 1. 3. 2. Motivación defectuosa.**

Esta modalidad de motivación patológica se presenta en cuatro dimensiones:

- a) *Defectos entre el problema y la argumentación (Elusión de la cuestión).* Se presenta cuando el juez no ha comprendido el caso (hecho fáctico) y por ende trastoca o soslaya el *thema decidendi*, es decir, el juez no se pronuncia sobre la real controversia, aunque el argumento guarda coherencia y coincide con la pretensión.
- b) *Defectos en la argumentación (Contradicción de premisas o Vulneración del principio lógico de no contradicción o Incoherencia narrativa).* Se presenta cuando

la argumentación judicial contiene premisas contradictorias, de modo tal, estas se excluyen mutuamente, por lo que no es posible tener una inferencia válida.

c) *Defectos entre la argumentación y el fallo (Conclusión imposible)*. Este vicio infringe la justificación interna, se trata, que la decisión no deriva de las premisas o razones que el juzgador esgrimió como fundamentos, es decir, no presenta una deducción lógica.

d) *Defectos entre el problema y el fallo (Incongruencia)*. Se refiere a que el juez debe observar para resolver el problema las pretensiones y posiciones de las partes; así, cuando el juzgador concede algo distinto a lo pedido se la denomina *extra petita*, si se excede en lo pedido se la denomina *ultra petita*, y si omite pronunciarse sobre lo pedido se la denomina *citra petita*.

#### **2. 7. 1. 3. 3. Motivación aparente.**

Esta motivación se presenta, cuando las premisas de la decisión judicial son vagas, inespecíficas e irrelevantes, el caso típico de esta clase de vicio, se trata de aquellas resoluciones que solo se limitan a describir los hechos alegados por las partes, sin ningún análisis o vinculación con las pruebas.

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

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

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

*Inexistencia de motivación o motivación aparente*. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las

alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

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

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

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

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

de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

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

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

## **2. 7. 2. La doctrina jurisprudencial**

### **2. 7. 2. 1. Consideraciones generales.**

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

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

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

Otro aspecto a considerar, es contextualizar ¿Qué se entiende por precedente?, en ese cometido, es importante diferenciar los conceptos de precedente y jurisprudencia, así el precedente está constituida por una decisión judicial que es considerada una regla a aplicarse en otros casos subsiguientes, con la consideración que los hechos deben ser similares (cabe considerar que no es toda la sentencia, si no la parte de la *ratio decidendi*, es decir, la regla del derecho a la cual el juez hace referencia para calificar jurídicamente el hecho concreto y resolver la controversia); mientras que la jurisprudencia, está constituido por un conjunto de decisiones judiciales (cientos o miles de sentencias) sobre las mismas cuestiones de derecho, pudiendo ser redundante, variable, ambigua y contradictoria (Taruffo, Consideraciones sobre el precedente, 2016). Entonces, precedente es una regla de derecho establecida en una sentencia de cumplimiento para otro magistrado en similar circunstancia, del que solo es posible apartarse a través de una debida argumentación.

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



### **2. 7. 2. 2. Concepto**

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

### **2. 7. 2. 3. Clases de precedentes.**

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

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

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

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

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

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

Así, el Código Procesal Constitucional señala:

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

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

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

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

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

Artículo 400. -

(...)

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

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

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

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

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

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

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

doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional”.

Así, el apartamiento se puede dar en tres supuestos:

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

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

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

De ello se colige, que el casante puede alegar como causal de casación, que el juzgador se apartó de la doctrina jurisprudencial vinculante y no hizo una debida justificación o no tiene una debida carga argumentativa que para el caso corresponde; el siguiente se refiere a que el juzgador deja de lado la doctrina jurisprudencial por desconocer o lo hace deliberadamente, por lo que es aparente el apartamiento; y finalmente aparentemente cumple con observarla pero no lo hace con la rigurosidad que amerita.

## 2. 8. Marco Conceptual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **2. 9. Sistema de Hipótesis**

Las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 02275 - 2014 -95 -2501 -JR -PE -01 del Distrito Judicial Del Santa – Chimbote, 2018; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.



### III. METODOLOGÍA

#### 3. 1. Tipo y Nivel de investigación

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

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

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

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

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

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

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

**Hermenéutico:** Es hermenéutico porque interpreta y explica el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para analizar 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° **421-2015 AREQUIPA**

perteneciente al Distrito Judicial de Arequipa, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

**TABLA 1**

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

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
<b>X<sub>1</sub>:</b> <b>INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES</b>	<b>Independiente</b>	Conflicto normativo, relacionado a que en un orden jurídico simultáneamente concurren a un mismo caso dos o más normas contradictorias.	<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>  Técnica de observación Análisis de contenidos
			<b>COLISIÓN</b>  Confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma	<b>Validez material</b>	Antinomias	<b>INSTRUMENTO:</b>  Principio de proporcionalidad  Juicio de ponderación
<b>Y<sub>1</sub>:</b>	<b>Dependiente</b>	Es un procedimiento que consiste en buscar y describir el sentido del	<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>	Auténtica Doctrinal Judicial	
				<b>Resultados</b>	Restictiva Extensiva Declarativa Programática	

<b>TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</b>		precepto jurídico y además de sostener la posición elegida.		<b>Medios</b>	Literal Lógico -Sistemático Histórico Teleológico	
			<b>INTEGRACIÓN</b> Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.	<b>Auto integración</b>	*Analogía *Principios generales	
				<b>Hetero integración</b>	*Costumbre *Jurisprudencia *Equidad	
			<b>ARGUMENTACIÓN</b> Tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho.	<b>Ámbitos de la argumentación jurídica</b>	En la producción o establecimiento de normas jurídicas Aplicación de normas jurídicas En la dogmática jurídica	
				<b>Vicios en la argumentación</b>	Falta de razones Razones irrelevantes Razones defectuosas Suposiciones no garantizadas Ambigüedades	
				<b>Teorías de la argumentación jurídica</b>	El discurso jurídico de Robert Alexy La propuesta de Manuel Atienza	

### **3. 5. Técnicas e instrumentos**

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

### **3. 6. Plan de análisis**

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

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

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

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

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

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

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

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

**TABLA 2**

**3. 7. Matriz de consistencia**

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, provenientes de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito Judicial De Arequipa – Lima, 2019	<b>Objetivo General:</b> Determinar de qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, provenientes de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito Judicial De Arequipa – Lima, 2019	<b>X1: INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA</b>	<b>Independiente</b>	Conflicto normativo, relacionado a que en un orden jurídico simultáneamente concurren a un mismo caso dos o más normas contradictorias.	<b>EXCLUSION</b>	<b>Validez formal</b>	*Jerarquía normativa *Especialidad *Temporal o cronológico	<b>TÉCNICAS:</b>  Técnica de observación  Análisis de contenidos	
							<b>Validez material</b>	*Interpretación *Argumentación *Criterios derogativos *Análisis normativo o lógica deóntica		
							<b>COLISIÓN DE PRINCIPIOS</b>	<b>Control difuso</b>	Principio de proporcionalidad	<b>INSTRUMENTO:</b>  Lista de cotejo

<p>EXPEDIENTE N° 421-2015 AREQUIPA DEL DISTRITO JUDICIAL DE AREQUIPA, Lima 2019.</p>	<p>Arequipa, Lima 2019?</p>	<p>1. Determinar la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta los conflictos normativos, en función de las antinomias.  2. Determinar la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la colisión de principios, en función de la ponderación.  3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación, en función de sujetos, resultados, y medios.  4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración.  5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación, en función del discurso práctico general y el discurso jurídico.</p>						<p>Juicio de ponderación</p>	<p>Población - Muestra</p> <p><b>Población:</b>  Expediente judicial consignado con el N° 02275 -2014 - 95 -2501 -JR -PE -01 perteneciente al Distrito Judicial del Santa - Chimbote, 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, en el expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito Judicial de Arequipa – Lima, 2019. en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.</p>	<p><b>Y1:</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 si no solo literal del texto legal.</p>	<p><b>INTERPRETACIÓN</b></p>	<p><b>Sujetos</b></p>	<p>Auténtica Doctrinal Judicial</p>		
								<p><b>Resultados</b></p>	<p>Restrictiva Extensiva Declarativa Programática</p>	
								<p><b>Medios</b></p>	<p>Literal Lógico - Sistemático Histórico Teleológico</p>	
						<p><b>INTEGRACIÓN</b></p>	<p><b>Auto integración</b></p>	<p>La analogía Los principios generales del derecho</p>		
							<p><b>Hetero integración</b></p>	<p>La Costumbre La jurisprudencia La equidad</p>		
						<p><b>ARGUMENTACIÓN</b></p>	<p><b>Ámbitos de la argumentación jurídica</b></p>	<p>En la producción o establecimiento de</p>		

								normas jurídicas. En la aplicación de normas jurídicas En la dogmática jurídica
								<b>Vicios en la argumentación</b> *Falta de razones *Razones irrelevantes *Razones defectuosas *Suposiciones no garantizadas *Ambigüedades
								<b>Teorías de la argumentación jurídica</b> *Discurso jurídico de Robert Alexy *La propuesta de Manuel Atienza

### **3. 8. Principios éticos**

#### **3. 8. 1. Consideraciones éticas**

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

#### **3. 8. 2. Rigor científico**

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

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

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultados

**Cuadro 1: Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 421-2015 AREQUIPA, del Distrito Judicial de Arequipa, Lima 2019.**

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	Exclusión	Validez formal	<p><b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA</b></p> <p><b>SALA PENAL PERMANENTE</b></p> <p><b>CASACIÓN N° 421-2015 AREQUIPA</b></p> <p><b>SUMILLA:</b> Una interpretación integral del delito de estafa, en armonía con el ordenamiento jurídico, y en consideración de la teoría de la imputación objetiva concluye que el ordenamiento jurídico no tutela los</p>	<p><b>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma.</b> <i>(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</i></p>	X					
				<p><b>2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa.</b> <i>(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) Si cumple</i></p>	X					

<b>Colisión</b>	<b>Validez materia I</b>	<p>casos denominados como estafa de actos ilícitos. Asimismo, es necesario precisar que un elemento fundamental del delito de asociación ilícita es el fin con el que se origina la organización, es decir el fin ilícito, más allá de si llega o no a ejecutar el programa criminal</p> <p><b>SENTENCIA CASATORIA</b></p> <p><b>Lima, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.</b></p> <p>VISTOS; en audiencia el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de vista del veintinueve de diciembre de dos mil catorce -fojas 2 del cuaderno de casación-, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal penal Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA</p>	<p><b>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales.</b> (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) <b>Si cumple</b></p>				X		
		<p><b>2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso.</b> (Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) <b>Si cumple</b></p>							
		<p><b>3. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el Art. 429° del Código Procesal Penal.</b> (Las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) <b>Si cumple</b></p>							
	<b>Control difuso</b>	<p><b>I. ANTECEDENTES:</b></p> <p><b>A. Hechos fácticos relevantes</b></p> <p><b>PRIMERO:</b> Conforme al requerimiento de acusación -fojas 1-los hechos que se imputan a la recurrente son los siguientes: Christian Mario Cuadros Treviño, alcalde de la Municipalidad Distrito! de Vitor, fue contactado por una persona que afirmaba pertenecer a la Contraloría indicándole que efectuarían un examen especial de su periodo de gestión como Alcalde. Asimismo, indicaron que se comunicara con la doctora Dyana Diaz Cruz, trabajadora de la Contraloría Regional de la ciudad de Arequipa. Así, el 12 de julio de 2012, Cuadros Treviño llamó desde su celular -asignado por la municipalidad-</p>	<p><b>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple</b></p>			X			
		<p><b>2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.</b> (Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)) <b>Si cumple</b></p>							
		<p><b>3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.</b> (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) <b>Si cumple</b></p>							

		<p>a Dyana Liz Díaz Cruz al número 054-288885, verificando que correspondía a un número de la Contraloría. Dyana Liz Díaz Cruz, atendió la llamada y comunicó a Cuadros Treviño, que era la doctora Helen Verónica Aizcorbe Delgado la que se encontraba a cargo del examen especial de la Municipalidad de Vitor y que debía comunicarse directamente con ella, para lo cual le brindó su número celular.</p> <p>- Cuando se comunicó al número brindado la señora Aizcorbe le explicó que se encontraba de viaje, y que se comunicara con ella después. Así, Cuadros Triveño la llamó el 16 de julio 2012 citándose en el Hotel Libertador de Selva Alegre, Allí, la señora Aizcorbe Delgado comunicó al Alcalde que el 20 de agosto se haría un examen especial penal y vendrían 12 auditores a nivel nacional mostrándole un documento donde se consignaban todas las obras, procesos de selección, estados financieros y contratación de personal que iba a ser auditado en un plazo de 107 días; asimismo, le indicó que todo "merecía que fuese a la cárcel"; por lo tanto, para evitar que la Contraloría intervenga, solicitó le pague \$ 45 000.00 dólares americanos, de los cuales solo entregó la suma de \$2 000.00 dólares americanos, el día 10 de setiembre de 2012, en el estudio jurídico de Aizcorbe Delgado, ubicado en José Santos Chocano 302 Umacollo.</p> <p>- Los hechos citados se llevaron a cabo con la colaboración de Dyana Diaz Cruz, Elder Llerena Pancorbo, Katty Pamela De La Torre Venegm y Marco Antonio Zuñiga Herrera, quienes cumpliendo diferentes</p>	<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</b></p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>funciones pretendían dar credibilidad a lo afirmado por Aizcorbe Delgado respecto a la intervención de la Contraloría en la Municipalidad de Vitor.</p> <p><b>11. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1º INSTANCIA</b></p> <p><b>SEGUNDO:</b> Los hechos imputados fueron calificados por el Ministerio Público como delitos contra el patrimonio en su modalidad de extorsión -artículo 200 del Código Penal-; contra la Administración Pública, en la modalidad de Trafico de influencias -artículo 400 del citado Código- alternativamente por delito de concusión -artículo 382 del Código Penal-, contra la fe pública, en la modalidad de falsificación y uso de documento - artículo 427 del Código sustantivo-; y, contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del Código Sustantivo-.</p> <p><b>TERCERO:</b> Seguido el proceso, en primera instancia con la resolución del 13 de junio de 2014-fojas 8 del Tomo 1-se resolvió:</p> <p>Sin lugar a emitir pronunciamiento respecto a los delitos de extorsión, concusión, tráfico de influencias, usurpación de funciones, y falsificación y uso de documentos.</p> <p>Condenan como coautores del delito contra el patrimonio, en su modalidad de Estafa -artículo 196 del Código Penal- a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo y Katty Pamela De La Torre Venegas. Asimismo, los condenan por delito contra la</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-.</p> <p><b>111. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2º INSTANCIA</b></p> <p><b>CUARTO:</b> La resolución de primera instancia fue apelada, llevándose o cabo el proceso en segunda instancia, emitiéndose la resolución del 29 de diciembre de 2014-fojas 70 Tomo 1-que resuelve en lo pertinente a esta casación que:</p> <p>Confirmar la decisión de dejar sin lugar la emisión de pronunciamiento respecto a los delitos de extorsión, concusión, tráfico de influencias, usurpación de funciones, y falsificación y uso de documentos.</p> <p>Confirmar la sentencia de primera instancia que dispone desvincularse de la acusación fiscal y condenar a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio, en su modalidad de estafa, previsto en el artículo 196 del Código Penal en agravio de Cristhian Cuadros Treviño. Sin embargo, precision que se trata de un delito en grado de tentativa -artículo 16 del Código Penal-.</p> <p>Asimismo, confirman la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Vengas como autores del delito contra la tranquilidad pública en</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--



		<p>su modalidad de asociación ilícita para delinquir - artículo 317 del Código Penal-en agravio del Estado.</p> <p>Así a Helen Verónica Aizcorbe Delgado le impusieron 1 año de pena privativa de libertad efectiva por el delito de estafa en grado de tentativa y 5 años de pena privativa de libertad efectiva por delito de Asociación Ilícita para delinquir. La pena unificada que se le impone a la citada sentenciada es de 6 años años de pena privativa de la libertad la cual con el descuento de carcelería que viene cumpliendo vence el 29 de octubre de 2018.</p> <p><b>DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:</b></p> <p><b>QUINTO:</b> Ante la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, la \ sentenciada Aizcorbe Delgado interpuso recurso de casación -fojas 151 Torno 1-, invocando las causales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Es necesario precisar que el recurso de casación fue revisado por esta Suprema Corte como consecuencia de un recurso previo, calificado positivamente por la Corte Suprema mediante la ejecutoria suprema del 20 de abril de 2015 recurso de queja NCPP N°59-2015-.</p> <p><b>SEXTO:</b> Mediante la ejecutoria suprema del 12 de febrero de 2016 -fojas 198 del cuaderno de casación-se calificó positivamente el recurso de casación interpuesto por la sentenciada Aizcorbe Delgado, para revisión de fondo, pues éste cumplía con las formalidades exigidas en la norma procesal -inciso 1, y 2 del artículo 430 del CPP-; permitiendo así vislumbrar</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>a este Supremo Tribunal la posible configuración de las causales alegadas:</p> <p><b>Causal 3 del artículo 429 del CPP.</b>-Referido a la errónea interpretación del delito de estafa -artículo 196 del CP-. La recurrente afirma que no existir el delito de estafa sobre objetos ilícitos, por lo tanto, su conducta es atípica.</p> <p><b>Causal 4 del artículo 429 del CPP.</b>- Referido a la inexistencia de / motivación en la sentencia recurrida, respecto a los argumentos de defensa de la recurrente, en razón a que su conducta es atípica.</p> <p><b>SÉTIMO:</b> En ese sentido, conforme a lo argumentado y requerido por la recurrente, este Tribunal Supremo declaró BIEN CONCEDIDO el recurso de casación, precisando que era necesario establecer la correcta interpretación del artículo 196 del CP, respecto a si es posible considerar como estafa a actos que tienen como objeto acciones ilícitas. Y, asimismo, de no existir un delito base ejecutado -en el caso concreto delito de estafa-si aún se puede sostener la configuración del delito de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del CP-. [Véase fundamento jurídico N° 8 del auto de calificación a fojas. 198 del Tomo 1)</p> <p><b>V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS</b></p> <p><b>A. EL DELITO DE ESTAFA</b></p> <p><b>OCTAVO:</b> El delito de estafa está regulado en el artículo 196 del Código Penal, que dice: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>mediante engaño, astucia, ardid u otro formo fraudulento, será reprimido con peno privativo de libertad no menor de uno ni mayor de seis años."</p> <p><b>NOVENO:</b> Para la configuración del delito de estafa nuestro legislador ha configurado un camino comisivo determinado; es decir, se requiere que los elementos objetivos del tipo penal se presenten de manera secuencial, en el siguiente orden: a) el engaño, b) el error en la representación de la realidad, e) la disposición patrimonial y, por último, del perjuicio.</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <b>El engaño.</b> - Es el medio determinado por el legislador para que el sujeto a al sujeto pasivo a ejercer un acto de disposición patrimonial en su favor. Así, solo mediante el engaño, y no otra forma de inducción, se podrá hablar de estafa.</p> <p>Se considera que dentro de los elementos objetivos del delito de estafa, el engaño es el más importante. A su vez este presupuesto cuenta con tres elementos indispensables para su configuración típica:</p> <p>a.1. El engaño debe producirse antes de que el error se genere en el sujeto pasivo. (Véase al respecto el R.N. N° 325-2014)</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>a.2. Debe ser causa; es decir, el engaño realizado por el sujeto activo debe ser el que genere el error en la víctima.<sup>1</sup></p> <p>a.3. El engaño debe ser idóneo; es decir, debe ser un engaño suficiente para generar el error en la víctima. Así, ésta pese a usar los mecanismos jurídicos que Se otorga el ordenamiento jurídico no logrará evitar el engaño.<sup>2</sup></p> <p><b>b) Error en la representación de la realidad.</b> - Es entendido como el vicio del consentimiento que se genera en el sujeto pasivo producto del engaño. Así, se reitera que el error en la representación de la realidad debe ser posterior y consecuencia del engaño. En ese sentido, será atípico si el error en la representación de la realidad es producto de una equivocación propia del sujeto pasivo, o de información errada brindada por terceros.</p> <p><b>c) La disposición patrimonial.</b> - Dentro del tipo de estafa debe entenderse por disposición patrimonial a todo comportamiento que realiza el titular del patrimonio,</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<sup>1</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 111. (reimp. de lo 3º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2010, p. 392

<sup>2</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Ibidem. p. 393

con la mira de cumplir determinados fines, generando que el objeto patrimonial salga de su esfera de dominio, introduciéndose ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito. Así, existe una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo por su propia voluntad como consecuencia del error en su representación de la realidad producto del engaño.

d) **El perjuicio patrimonial.** -Es el último elemento objetivo a verificar dentro o criminal que implica el delito de estafa. El perjuicio patrimonial se consecuencia de la disposición patrimonial mal ejercida por la falsa percepción de la realidad generada por el engaño. Debe entenderse como utilidad menoscabada en el patrimonio del sujeto pasivo. Cabe precisar que para que este perjuicio sea típico debe ser resultado del engaño típico dado por el sujeto activo.

**1. La estafa sobre actos ilícitos**

		<p><b>DÉCIMO:</b> Teniendo en claro los elementos objetivos del tipo penal de estafa y cómo estos se suscitan consecutivamente en el camino criminal, conviene detenernos y analizar qué pasa respecto a la realidad erróneamente percibida por el sujeto activo, producto del engaño, y si ésta implica la actuación de hechos ilícitos, incluso delictivos. Es decir, si el desprendimiento patrimonial voluntario -productos del engaño- se dirige como contraprestación de un accionar ilícito.</p> <p><b>DÉCIMO PRIMERO:</b> Al respecto, existe en la doctrina tanto teorías a favor como en contra de la denominada estafa de fines ilícitos, o estafa con clausa ilícita. podemos señalar que aquellas teorías que sostiene que el tipo penal de estafa abarca incluso aquellas cuestiones ilícitas se sustenta en afirmar que lo que en realidad importa es el perjuicio del sujeto activo producto del engaño, independientemente de la licitud de la contraprestación<sup>3</sup> o la moralidad del sujeto pasivo. Se refuerza al sostener que independientemente de que la contraprestación se sustente en un actuar ilícito, la esfera patrimonial del sujeto pasivo se verá mermada producto de un engaño.</p> <p><b>DÉCIMO SEGUNDO:</b> Sin embargo, en contraposición a lo señalado un sector de la doctrina</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

<sup>3</sup> GONZALES Rus, Juan J., Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, T. I. 1ª Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 671

		<p>afirma que los supuestos de estafa con fines ilícitos no son tutelados por el derecho penal. Principalmente porque niegan un perjuicio típico del delito de estafa. Esta posición se sustenta por un lado alegando lo armonía jurídica que debe existir entre el derecho civil y el derecho penal, afirmando que conforme a la normativa civil -inciso 3 del artículo 140 del Código Civil o-, un requisito imprescindible del acto jurídico es su fin lícito. Así, sólo merecerá protección del derecho penal aquellas disposiciones patrimoniales que tienen lugar dentro de un marco jurídico lícito o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico.<sup>4</sup></p> <p><b>DÉCIMO TERCERO:</b> De igual forma, bajo los preceptos de la moderna teoría de la imputación objetiva, se puede afirmar que en los supuestos de estafa ilícita existe un error que no es típico, por lo que no es tutelado por la norma penal. Nos referimos a cuando es la víctima quien pone en riesgo su patrimonio voluntariamente con el fin de realizar una contraprestación para la ejecución de una acción ilícita, la cual no está reconocida ni protegida por el ordenamiento jurídico; por lo que, no cuenta con los medios legales previstos en supuesto de incumplimiento de contraprestaciones con fin lícito.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<sup>4</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito de Estafa, 1ª Edición, Edit. Bosch, España, 2000, p. 184

		<p><b>DÉCIMO CUARTO:</b> En base a lo señalado, este Supremo Tribunal considera acertadas aquellas razones que sustentan que la estafa que recae en actos ilícitos debe carecer de protección penal. Lo contrario implicaría brindar tutela jurídica a negocios o contrataciones con contenido intrínsecamente ilícito y en muchos supuestos delictivos. Consideramos que ello sería un contrasentido con los fines de protección del derecho penal que es la protección de bienes jurídicos. En ese sentido, solo podrá ser tutelable los casos donde el perjuicio que se genera es producto del engaño que proyecta una realidad falsa, pero de apariencia lícita.</p> <p><b>DÉCIMO QUINTO:</b> Conviene precisar que el razonamiento adoptado por esta Sala Suprema está presente con anterioridad en la línea de la jurisprudencia peruana, advirtiendo que, ante supuestos de contraprestaciones con contenido ilícito, no existe estafa, pues consideran que existe una imputación a la víctima, ya que el error es atípico:</p> <p><b>1. Sala Penal Suprema:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- "A tal fin, es conveniente incluir, para a meditación de la trascendencia del engaño, <b>el principio de auto responsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima-atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso-, pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección y, en algunos</b></li> </ul>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--



**casos. con su comportamiento contribuye a de manera decisiva a la realización del riesgo permitido ( ... ).** Entonces, como señala CHOCLAN MONTALVO, la acción del autor en si misma considerada carece de la aptitud suficiente para la relevante puesta en peligro del bien jurídico, y aquella idoneidad para la lesión del bien jurídico ter recibe, precisamente, del comportamiento de la víctima. Bajo estos lineamientos, a decir de NURIA PASTOR, será relevante el engaño cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo a las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de sus bienes jurídicos del cual es titular". ( Resaltado nuestro )<sup>5</sup>

- "( ... ) de modo que el engaño haya ido una condición cuantitativamente dominante, y si el error procede de una actitud negligente o de censurable abandono o por motivos distintos al engaño, este no será relevante, negándose la relación de causalidad y,

---

<sup>5</sup> Ejecutoria Suprema del 11 /3/2010, R.N. N° 3115-2007, LAMBAYEQUE., Gaceta Penal. t. 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2010, p. 157.

			<p>por tanto el carácter idóneo y eficaz del engaño."<sup>6</sup></p> <p>1. Sala Penal Superior</p> <p>Expediente 2618-98 del 14 de setiembre de 1998, fundamento jurídico N° 3</p> <p>"( ... ) tampoco se pueda afirmar que la disposición patrimonial realizada por los agraviados haya sido consecuencia de un error motivado, pues conocedores de las irregularidades que estaban siguiendo en la obtención de sus papeles, conocían del riesgo que implicaba para su patrimonio el dicha farsa documental."<sup>7</sup></p> <p>Expediente N° 233-97 del 02 de diciembre de 1997 " ( ... ); teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el hecho acontecido, advierte que <b>las agraviadas tenían pleno conocimiento de los riesgos que suponía efectuar de manera irregular los trámites tendientes a obtener la visa de viaje</b>, dada la naturaleza personalísima de tal acto; <b>hecho que desnaturalizan en ilícito investigado, toda vez que ha existido un riesgo de conocimiento de las agraviadas</b>, el cual</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<sup>6</sup> Ejecutoria Suprema del 19/7/2001.R.N.N°. 773-2001-LIMA. PEREZ ARROYO Miguel, La evolución de la Jurisprudencia en el Perú (2001-2005) T. 11, Instituto Peruano de I criminología y ciencias penales / Iuris Consulti / Editorial San Marcos Lima, 2006, p. 1125

<sup>7</sup> Véase en razonamiento jurídico Penal Academia de la Magistratura, Capítulo VI "Jurisprudencia" en [http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere\\_pen\\_proce\\_penal/razonojurid\\_pen/capituloIV.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/razonojurid_pen/capituloIV.pdf)

		<p>podía llevar o no a la acción del engaño, ardid o astucia o mantener en error a las víctimas n se ha acreditado fehacientemente."<sup>8</sup></p> <p>En las citadas jurisprudencias se descartó la configuración del delito de estafa bajo el razonamiento que la contraprestación realizada por el sujeto pasivo se encontraba fuera de protección normativa, al pretender la comisión de un acto no permitido por ley. Un vez más reiteramos que el ordenamiento jurídico no tutela mediante el delito de estafa el patrimonio que se perdió voluntariamente a fin de la comisión de un acto ilícito, pensamos en lo compra de droga, el pago de sobornos, la obtención irregular de papeles, la contratación de un sicario, etc. Pues esto implica un riesgo exclusivo de la víctima, que no es tutelable por la norma.</p> <p><b>B. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA</b></p> <p><b>DÉCIMO SEXTO:</b> Para la resolución del caso concreto es necesario precisar la configuración del delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; en ese sentido, tenemos que el delito de asociación ilícita para delinquir tiene como presupuesto a una agrupación de personas vinculadas a través de una organización estable y más o menos duradera: jerárquicamente estructurada-, cuyas voluntades</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>8</sup> Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 02 de diciembre de 1998, Exp. N° 4233-97. LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel. Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario. Grijley. Lima. 1999. pág. 275.

		<p>convergen para realizar colectivamente un programa criminal. Asimismo, se reitera que su configuración requiere que la agrupación tenga el objetivo determinado por la ley: cometer delitos. (Véase tal rozoamiento en R.N. N° 1537-2013 f.j. 5.1, R.N. N° 999-2014 f.j. 5, entre otros)</p> <p><b>DECIMO SÉTIMO:</b> Como se advierte de lo señalado, una característica fundamental que determina la existencia del delito de asociación ilícita es el in u objeto de la organización, es decir, que funcione para la realización comisión- de actos intrínsecamente delictivos. Así, esta Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N°4-2006/CJ-116, fundamento jurídico N° 13 señaló que " ( ... ) sino de una organización instituida con fines delictivos ( ... ) ". Así, posteriormente esta Suprema Corte se ratificó señalando que, si bien no es necesario que la organización haya perpetrado actos ilícitos, sí se exige que la constitución de la organización haya tenido como fin la comisión de actos ilícitos. (Véase R.N. N° 1296-2007 f.j. 4).</p> <p><b>VI.-ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO</b></p> <p><b>DÉCIMO OCTAVO:</b> En el caso concreto, se puede advertir que los hechos imputados a la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado -véase fundamento jurídico primero de la presente ejecutoria-fueron subsumidos en dos delitos: el delito de estafa -artículo 196 del Código penal- en grado de tentativa-y el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; al respecto, en</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>base a los hechos demostrados en juicio oral con las debidas garantías que la ley prevé, corresponde a este Supremo Tribunal considerando los fundamentos jurídicos expuestos-resolver si en el caso concreto ha existido una correcta subsunción típica en los delitos señalados.</p> <p><b>A. Del delito de estafa en el caso concreto</b></p> <p><b>Engaño:</b> Se atribuye a la recurrente haber engañado al Alcalde de la Municipalidad de Vitor, al indicarle que se realizaría una inspección de la Contraloría de la Republica -ORC Arequipa.</p> <p><b>Error en la percepción de la realidad:</b> El alcalde de Vitor, Cuadros Treviño, creyó que se realizaría una inspección y auditoría de su Municipalidad, y que para evitarlo tendría que pagar la suma de \$ 45 000.00 dólares americanos</p> <p><b>Traslado patrimonial ilícito:</b> El agraviado se encontraba a punto de desembolsar parte de su patrimonio producto del engaño y de la percepción errada que tenía de la realidad; sin embargo, existió una intervención policial que lo frustró.</p> <p><b>Perjuicio económico:</b> No se llegó a realizar, pues se trataría de un delito de estafa en grado de tentativa.</p> <p><b>VIGESIMO.</b> - Si bien aparentemente los hechos imputados se subsumen en el tipo penal de estafa -grado tentativa-conviene detenernos y analizar la errada percepción de la realidad que se generó en el sujeto</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>pasivo, y en virtud a la cual se llevaría a cabo el desprendimiento patrimonial. En ese entender, el sujeto pasivo -Cuadros Triveño-producto del engaño creyó que se realizaría una auditoría a cargo de la entidad correspondiente, Contraloría de la República -ORC Arequipa. Con el fin de evitar dicha inspección, que se encontraría conforme a Ley pues es competencia de la Contraloría realizar dichas auditorias, aceptó realizar una contraprestación dineraria, que sería perjudicial para éste, ya que su percepción de la realidad fue falsa.</p> <p><b>VIGÉSIMO PRIMERO:</b> En base a lo señalado, respecto a la estafa de actos ilícitos, se puede afirmar que es justamente el supuesto del caso concreto.</p> <p>El alcalde de la Municipalidad de Vitor aceptó de manera voluntaria realizar una disposición patrimonial a favor de la encausada Aizcorbe Delgado actual recurrente con el fin de que ésta evite la auditoria Municipal. Es decir, realizo un pago de contraprestación a que se evite que una entidad del estado realice sus funciones conforme a Ley<sup>9</sup> en ese</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>9</sup> La Contraloría General de la República es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. Supervisa, vigila y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado. Para realizar con eficiencia sus funciones, cuenta con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera. Específicamente el literal "b" del artículo 22 de la Ley N° 27785 señala "Ordenar que los órganos del Sistema realicen las acciones de control que a su juicio sean necesarios o ejercer en forma directa el control externo posterior sobre los actos de las entidades."

		<p>sentido se pretendió la ejecución de la denominada estafa de actos ilícitos.</p> <p><b>VIGESIMO SEGUNDO:</b> En ese entender, la conducta realizada por la recurrente resulta atípica; pues como se concluyó en apartados precedentes, la denominada estafa de actos ilícitos no amerita protección jurídica, al menos no bajo el supuesto típico de estafa. Ya que la disposición patrimonial que se ejerce -o en el supuesto concreto se iba a ejercer- obedece a una acción voluntaria intrínsecamente ilícita del sujeto pasivo, que expuso a su patrimonio a un riesgo no tutelado por la norma penal -ni civil, pues el objeto del negocio que se pretendía era ilícito-.</p> <p><b>B. El delito de asociación ilícita para delinquir - artículo 317 del CP</b></p> <p><b>VIGÉSIMO TERCERO:</b> Una vez establecido que los hechos imputados a la t/recurrente no configuran el delito de estafa, pues su conducta resulta atípica, al incumbir en concreto contraprestaciones jurídicas no protegidas por el derecho por tener objeto o fines ilícitos; corresponde verificar si en el caso concreto se configura el delito de asociación ilícita.</p> <p><b>VIGÉSIMO CUARTO:</b> Como se señaló el presente tipo penal se configura en principio con la presencia de dos o más sujetos (supuesto que se cumple en el caso concreto); asimismo, se precisa que no se requiere la</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>ejecución de actos criminales, sino que basta la existencia de la organización constituida con un fin ilícito; es decir, con la idea común de concretar uno o más acciones criminales así en el caso concreto, debemos preguntarnos, si existió una organización, y si ésta tenía el fin de cometer delitos.</p> <p><b>VIGESIMO QUINTO:</b> De la revisión de autos se tiene que la sentencia recurrida en su fundamento jurídico N° 3.4. 9, referido al análisis de la asociación ilícita en el caso concreto, avala y se remite a lo señalado en la sentencia de primera instancia, la cual en su fundamento jurídico N° 10.15 señala textualmente que: "(... ) lo que nuevamente corrobora la voluntad societaria de cometer delitos contra el patrimonio engañando a los agraviados sobre acciones efe control de la Contraloría en sus instituciones, e inducirlos a error para obtener un desprendimiento patrimonial a favor de sus integrantes." En ese sentido, si bien se ha determinado que los actos cometidos por la recurrente califican como estafa de actos ilícitos, y son acciones no tuteladas en nuestro ordenamiento; sin embargo <b>no se puede descartar la antijuricidad y culpabilidad de sus acciones, que tenían como fin obtener de forma ilícita dinero.</b></p> <p><b>VIGÉSIMO SEXTO:</b> Esta Suprema Corte ha señalado en apartados precedentes que el artículo 317 del Código Penal es un tipo penal autónomo, donde basta la sola intención delictiva, que fomenta la organización y</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--



		<p>distribución de roles sin llegar a la ejecución- para configurarse. En ese sentido, como se puede apreciar, los indicios analizados en primera instancia -véase fundamento jurídico Décimo a fojas 49- arribaron a sostener la configuración de una organización criminal con el fin de realizar estafas a funcionarios de diversas municipalidades haciéndoles creer que se realizarían auditorías de sus gestiones, y exigir a cambio de evitarlas una contraprestación.</p> <p><b>VIGÉSIMO SÉTIMO:</b> Es decir, la finalidad delictiva a nivel de primera instancia, que fue avalada por la sentencia recurrida, era la comisión de los actos denominados por esta Suprema Corte como estafa de actos ilícitos. Estas acciones, pese a no configurar el delito de estafa, encierran en sí misma un fin · bien en el caso concreto no se configuró -por presiones del tipo penal de estafa puso configurarse en un futuro dado que la organización tenía como fin obtener dinero de forma ilícita de las diversas Municipalidades de Arequipa para lo cual contaba con toda una organización y roles definidos de sus participantes en ese sentido en el caso concreto se puede afirmar que sí se configuró el delito de asociación ilícita.</p> <p><b>VIGÉSIMO OCTAVO:</b> Por lo señalado, se puede afirmar que en el caso concreto se ha configurado la causal 3 del artículo 429 del CPP; pues como se señaló, existió una errónea interpretación del tipo penal del artículo 196 del Código penal; asimismo, respecto al</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>análisis del mismo delito existió una falta de motivación de la Sala Penal Superior, en tanto omitió responder los argumentos esgrimidos por la defensa respecto a la ausencia de tipicidad de la estafa de actos ilícitos; configurándose también la causal 4 del artículo 429 del CPP. Sin embargo, como se argumentó precedentemente, en el caso concretó si se configura el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; así, pese a la argumentación diferente dada por la Sala Superior, la resolución en dicho extremo es correcta.</p> <p><b>VII. CASACIÓN DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE</b></p> <p><b>VIGÉSIMO NOVENO:</b> En base a la facultad de casar de oficio de esta Corte Suprema conforme al inciso 1 del artículo 432 del CPP que literalmente señala: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso ( ... ) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.", se advierte como necesario desarrollar doctrina jurisprudencia vinculante, respecto a los posibles efectos que puede generar la sentencia casatoria en las partes vinculadas no recurrentes que se encuentren en la misma situación jurídica que la parte recurrente en casación.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p><b>TRIGÉSIMO:</b> Para emitir al respecto una posición razonada y motivada conforme a derecho y los fines de la casación es necesario tener en consideración que:</p> <p>Los fines últimos de la casación son el de Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelógico<sup>10</sup> 1º. El último de éstos hace referencia a la justicia en el caso concreto, teniendo un enfoque normativo integral respecto de los derechos humanos.</p> <p><b>TRIGÉSIMO PRIMERO:</b> Asimismo, partiendo de un ámbito general de la teoría de la impugnación, debemos recordar que los recursos impugnativos -reposición, apelación, casación, y queja- tienen ciertos efectos jurídicos generales como el devolutivo, suspensivo, diferido y extensivo. Centrándonos en el último de estos, conforme la doctrina, consiste en ampliar los efectos jurídicos –positivos de una impugnación a la parte que no realizó el acto impugnativo, pero que se encuentra en situación idéntica de aquel que presenta la impugnación.<sup>11</sup></p> <p><b>TRIGÉSIMO SEGUNDO:</b> Siguiendo esa línea, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en su artículo 408 inciso del CPP la extensión de los recursos, señalando que: "Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<sup>10</sup> Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, INPECCP-CENALES, Lima, Perú, 2015, pg. 709

<sup>11</sup> VESCOVI, Enrique, Los recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, Depalma Buenos Aires, 1988, p. 58.

		<p>no sean exclusivamente personales." (Resaltado nuestro) Cabe precisar, a modo de ejemplo, que un motivo o condición personal no extensible a los demás coimputados puede ser la edad de uno de los sujetos; si trata por ejemplo de una menor de edad, o un sujeto en calidad de responsabilidad restringida.</p> <p><b>TRIGÉSIMO TERCERO:</b> Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408, inciso 1. del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dikelógico del recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria positiva-a aquellos coimputados que no recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso de la garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia.</p> <p><b>TRIGÉSIMO CUARTO:</b> Por lo señalado, en el caso concreto, corresponde:</p> <p><b>Absolver por delito de estafa -grado tentativa-</b> a la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado, así como a sus coimputados Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela ele la Torre Venegas. Asimismo, absolver a Marco Antonio Zuñiga Herrera como cómplice secundario del citado delito.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p><b>Confirmar la condena por el delito de Asociación ilícita</b> impuesta en contra de la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado, y sus coimputados Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pcmcorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas.</p> <p><b>VIII. DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA</b></p> <p><b>TRIGÉSIMO QUINTO:</b> La determinación judicial de la pena debe realizarse conforme a sus fines, siendo importante resaltar que los fines de la pena, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia STC 00033-2007-PI-TC-, son dos: i) el fin preventivo especial -artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú-: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", y, ii) el fin preventivo general - artículo 44, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú-: Son deberes primordiales del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad ( ... ) ". Considerando en el caso concreto la necesidad de imponer una pena proporcional al daño concretamente causado, buscando un equilibrio entre el fin preventivo especial y general corresponde confirmar la pena impuesta a:</p> <p>a) A Helen Verónica Aizcorbe Delgado de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 31 7 del Código Penal-, la misma que con el descuento</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 29 de octubre del\_ año 2017.

- b) A Dyana Liz Díaz Cruz de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 31 7 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 29 de octubre del año 2017.
- c) Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita artículo 317 del Código Penal-, la misma que se empezará a computar desde la fecha de su captura.
- d) A Katty Pamela de la Torre Venegas, de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 20 de mayo del año 2018.

#### **IV. DECISIÓN:**

##### **Por estos fundamentos declararon:**

- I. **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de

vista del veintinueve de diciembre del dos mil catorce, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del código Procesal Penal.

II. **CASARON** la sentencia del veintinueve de diciembre de dos mil catorce que resolvió: "Confirmar la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pomelo De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa -grado tentativa-, y asimismo autores del delito de Asociación ilícita para delinquir. Así como confirmó declarar cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa -grado tentativa. y, actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo **REVOCARON** la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente}, Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa. Así como en el extremo que declaró cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el citado delito. Y, **REFORMÁNDO DECIDIERON:**

		<p><b>ABSOLVER</b> a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio en su \ modalidad de Estafa. Asimismo; se absolvió a Marco Antonio Zuñiga Herrera, de la imputación de cómplice secundario por el citado.</p> <p><b>DISPUSIERON</b> que se archive el proceso definitivamente en lo que a este extremo se refiere, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales correspondientes.</p> <p><b>CONFIRMAR</b> la condena impuesta a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas por delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-.<b>Y, CONFIRMAR</b> el extremo de la pena impuesta de 5 años de pena privativa de libertad, por el citado delito.</p> <p>III. <b>ESTABLECIERON</b> como doctrina jurisprudencia vinculante, los fundamentos jurídicos VIGÉSIMO NOVENO A TRIGÉSIMO TERCERO de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia precisa al efecto extensivo del recurso de casación.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--



			<p>IV. <b>ORDENARON</b> se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber. Interviene el señora Juez Supremo Chávez Mella, por goce vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.</p> <p>s. s.</p> <p>PARIONA PASTRANA  NEYRA FLORES  SEQUEIROS VARGAS  FIGUEROA NAVARRO  CHAVEZ MELLA  JPP/jcd.</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

**Fuente:** Sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito Judicial de Arequipa, Lima 2019..

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

**LECTURA. El cuadro 1**, aborda la calificación del rubro de Incompatibilidad normativa, en las dimensiones de exclusión y Colisión de Principios; así, en lo referente al primero que consta de dos subdimensiones, como las “validez formal” y “validez material”, estos arrojan una calificación de “0”, estando que no existe conflicto de disposiciones para la solución del caso. En el caso de la segunda dimensión (Colisión de principios), en función de la subdimensión de “control difuso”, se tuvo una calificación de “0”, ello en razón de que en la sentencia no se hizo del test de proporcionalidad al no existir conflicto de principios constitucionales.

**Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 421-2015 AREQUIPA , del Distrito Judicial de Arequipa, Lima 2019.**

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]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujeto a	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 421-2015 AREQUIPA	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. <i>(Auténtica, doctrinal y judicial)</i> Si cumple	X					
		Resultados		1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. <i>(Restrictiva, extensiva, declarativa)</i> Si cumple	X					
		Medios		1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso. <i>(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)</i> Si cumple	X					
				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:</i>						

		es decir el fin ilícito, más allá de si llega o no a ejecutar el programa criminal	<i>Sistemática, Institucional; Social y Teleológica</i> ) <b>Si cumple</b>					
<b>Integración</b>	<b>Analogías</b>	<b>SENTENCIA CASATORIA</b>	<b>1. Determina la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) No cumple</b>		X			
	<b>Principios generales</b>	<b>Lima, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.</b> VISTOS; en audiencia el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de vista del veintinueve de diciembre de dos mil catorce -fojas 2 del cuaderno de casación-, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal penal Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA	<b>1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple</b>		X			
	<b>Laguna de ley</b>		<b>1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (Antimonias) No cumple</b>		X			
	<b>Argumentos de integración jurídica</b>	<b>I. ANTECEDENTES:</b> <b>A. Hechos fácticos relevantes</b>	<b>1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. Si cumple</b>		X			
<b>Argumentación</b>	<b>Componentes</b>	<p><b>PRIMERO:</b> Conforme al requerimiento de acusación -fojas 1-los hechos que se imputan a la recurrente son los siguientes: Christian Mario Cuadros Treviño, alcalde de la Municipalidad Distrito! de Vitor, fue contactado por una persona que afirmaba pertenecer a la Contraloría indicándole que efectuarían un examen especial de su periodo de gestión como Alcalde. Asimismo, indicaron que se comunicara con la doctora Dyana Diaz Cruz, trabajadora de la Contraloría Regional de la ciudad de Arequipa. Así, el 12 de julio de 2012, Cuadros Treviño llamó desde su celular - asignado por la municipalidad- a Dyana Liz Díaz Cruz al número 054-288885, verificando que correspondía a un número de la Contraloría. Dyana</p>	<b>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) Si cumple</b>			X		
			<b>2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) Si cumple</b>					
			<b>3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) Si cumple</b>					
			<b>3. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple</b>					
			<b>4. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.</b>					

		Liz Díaz Cruz, atendió la llamada y comunicó a Cuadros Treviño, que era la doctora Helen Verónica Aizcorbe Delgado la que se encontraba a cargo del examen especial de la Municipalidad de Vitor y que debía comunicarse directamente con ella, para lo cual le brindó su número celular.	(Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) <b>Si cumple</b>						
	<b>Sujeto a</b>	- Cuando se comunicó al número brindado la señora Aizcorbe le explicó que se encontraba de viaje, y que se comunicara con ella después. Así, Cuadros Triveño la llamó el 16 de julio 2012 citándose en el Hotel Libertador de Selva Alegre, Alli, la señora Aizcorbe Delgado comunicó al Alcalde que el 20 de agosto se haría un examen especial penal y vendrían 12 auditores a nivel nacional mostrándole un documento donde se consignaban todas las obras.	<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</b>			X			
	<b>Argumentos interpretativos</b>	procesos de selección, estados financieros y contratación de personal que iba a ser auditado en un plazo de 107 días; asimismo, le indicó que todo "merecía que fuese a la cárcel"; por lo tanto, para evi1"ar que la Cyntraloría intervenga, solicitó le pague \$ 45 000.00 dólares americanos, de los cuales solo entregó la suma de \$2 000.00 dólares americanos, el día 1 O de setiembre de 2012, en el estudio jurídico de Aizcorbe Delgado, ubicado en José Santos Chocano 302 Umacollo.  - Los hechos citados se llevaron a cabo con la colaboración de Dyana Diaz Cruz, Elder Llerena Pancorbo, Katty Pamela De La Torre Venegm y Marco Antonio Zuñiga Herrera, quienes	<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</b>			X			

		<p>cumpliendo diferentes funciones pretendían dar credibilidad a lo afirmado por Aizcorbe Delgado respecto a la intervención de la Contraloría en la Municipalidad de Vitor.</p> <p><b>11. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1º INSTANCIA</b></p> <p><b>SEGUNDO:</b> Los hechos imputados fueron calificados por el Ministerio Público como delitos contra el patrimonio en su modalidad de extorsión -artículo 200 del Código Penal-; contra la Administración Pública, en la modalidad de Trafico de influencias -artículo 400 del citado Código- alternativamente por delito de concusión - artículo 382 del Código Penal-, contra la fe pública, en la modalidad de falsificación y uso de documento -artículo 427 del Código sustantivo-; y, contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del Código Sustantivo-.</p> <p><b>TERCERO:</b> Seguido el proceso, en primera instancia con la resolución del 13 de junio de 2014- fojas 8 del Tomo 1-se resolvió:</p> <p>Sin lugar a emitir pronunciamiento respecto a los delitos de extorsión, concusión, tráfico de influencias, usurpación de funciones, y falsificación y uso de documentos.</p> <p>Condenan como coautores del delito contra el patrimonio, en su modalidad de Estafa -artículo 196 del Código Penal- a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Antonio Llerena Pancorbo y Katty Pamela De La Torre Venegas. Asimismo, los condenan por delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-.</p> <p><b>111. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2º INSTANCIA</b></p> <p><b>CUARTO:</b> La resolución de primera instancia fue apelada, llevándose o cabo el proceso en segunda instancia, emitiéndose la resolución del 29 de diciembre de 2014-fojas 70 Tomo 1-que resuelve en lo pertinente a esta casación que:</p> <p>Confirmar la decisión de dejar sin lugar la emisión de pronunciamiento respecto a los delitos de extorsión, concusión, tráfico de influencias, usurpación de funciones, y falsificación y uso de documentos.</p> <p>Confirmar la sentencia de primera instancia que dispone desvincularse de la acusación fiscal y condenar a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio, en su modalidad de estafa, previsto en el artículo 196 del Código Penal en agravio de Cristhian Cuadros Treviño. Sin embargo, precision que se trata de un delito en grado de tentativa -artículo 16 del Código Penal-.</p> <p>Asimismo, confirman la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró a Helen</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Vengas como autores del delito contra la tranquilidad pública en su modalidad de asociación ilícita para delinquir - artículo 317 del Código Penal-en agravio del Estado.</p> <p>Así a Helen Verónica Aizcorbe Delgado le impusieron 1 año de pena privativa de libertad efectiva por el delito de estafa en grado de tentativa y 5 años de pena privativa de libertad efectiva por delito de Asociación Ilícita para delinquir. La pena unificada que se le impone a la citada sentenciada es de 6 años de pena privativa de la libertad la cual con el descuento de carcelería que viene cumpliendo vence el 29 de octubre de 2018.</p> <p><b>DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:</b></p> <p><b>QUINTO:</b> Ante la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, la \ sentenciada Aizcorbe Delgado interpuso recurso de casación -fojas 151 Torno 1-, invocando las causales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Es necesario precisar que el recurso de casación fue revisado por esta Suprema Corte como consecuencia de un recurso previo, calificado positivamente por la Corte Suprema mediante la ejecutoria suprema del 20 de abril de 2015 recurso de queja NCPP N°59-2015-.</p> <p><b>SEXTO:</b> Mediante la ejecutoria suprema del 12 de febrero de 2016 -fojas 198 del cuaderno de</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--



		<p>casación-se calificó positivamente el recurso de casación interpuesto por la sentenciada Aizcorbe Delgado, para revisión de fondo, pues éste cumplía con las formalidades exigidas en la norma procesal -inciso 1, y 2 del artículo 430 del CPP-; permitiendo así vislumbrar a este Supremo Tribunal la posible configuración de las causales alegadas:</p> <p><b>Causal 3 del artículo 429 del CPP.</b>-Referido a la errónea interpretación del delito de estafa -artículo 196 del CP-. La recurrente afirma que no existir el delito de estafa sobre objetos ilícitos, por lo tanto, su conducta es atípica.</p> <p><b>Causal 4 del artículo 429 del CPP.</b>- Referido a la inexistencia de / motivación en la sentencia recurrida, respecto a los argumentos de defensa de la recurrente, en razón a que su conducta es atípica.</p> <p><b>SÉTIMO:</b> En ese sentido, conforme a lo argumentado y requerido por la recurrente, este Tribunal Supremo declaró BIEN CONCEDIDO el recurso de casación, precisando que era necesario establecer la correcta interpretación del artículo 196 del CP, respecto a si es posible considerar como estafa a actos que tienen como objeto acciones ilícitas. Y, asimismo, de no existir un delito base ejecutado -en el caso concreto delito de estafa-si aún se puede sostener la configuración del delito de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del CP-. [Véase fundamento jurídico N° 8 del auto de calificación a fojas. 198 del Tomo 1)</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p><b>V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS</b></p> <p><b>A. EL DELITO DE ESTAFA</b></p> <p><b>OCTAVO:</b> El delito de estafa está regulado en el artículo 196 del Código Penal, que dice: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otro formo fraudulento, será reprimido con peno privativo de libertad no menor de uno ni mayor de seis años."</p> <p><b>NOVENO:</b> Para la configuración del delito de estafa nuestro legislador ha configurado un camino comisivo determinado; es decir, se requiere que los elementos objetivos del tipo penal se presenten de manera secuencial, en el siguiente orden: a) el engaño, b) el error en la representación de la realidad, e) la disposición patrimonial y, por último, del perjuicio.</p> <p style="padding-left: 40px;">e) <b>El engaño.</b> - Es el medio determinado por el legislador para que el sujeto a al sujeto pasivo a ejercer un acto de disposición patrimonial en su favor. Así, solo mediante el engaño, y no otra forma de inducción, se podrá hablar de estafa.</p> <p>Se considera que dentro de los elementos objetivos del delito de estafa, el engaño es el más importante. A su vez este presupuesto cuenta con tres</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>elementos indispensables para su configuración típica:</p> <p>a.1. El engaño debe producirse antes de que el error se genere en el sujeto pasivo. (Véase al respecto el R.N. N° 325-2014)</p> <p>a.2. Debe ser causa; es decir, el engaño realizado por el sujeto activo debe ser el que genere el error en la víctima.<sup>12</sup></p> <p>a.3. El engaño debe ser idóneo; es decir, debe ser un engaño suficiente para generar el error en la víctima. Así, ésta pese a usar los mecanismos jurídicos que se otorga el ordenamiento jurídico no logrará evitar el engaño.<sup>13</sup></p> <p>f) <b>Error en la representación de la realidad.</b> - Es entendido como el vicio del consentimiento que se genera en el sujeto pasivo producto del engaño. Así, se reitera que el error en la representación de la realidad debe ser posterior y consecuencia del engaño. En ese</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<sup>12</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 111. (reimp. de lo 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2010, p. 392

<sup>13</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *Ibidem.* p. 393

sentido, será atípico si el error en la representación de la realidad es producto de una equivocación propia del sujeto pasivo, o de información errada brindada por terceros.

**g) La disposición patrimonial.** - Dentro del tipo de estafa debe entenderse por disposición patrimonial a todo comportamiento que realiza el titular del patrimonio, con la mira de cumplir determinados fines, generando que el objeto patrimonial salga de su esfera de dominio, introduciéndose ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito. Así, existe una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo por su propia voluntad como consecuencia del error en su representación de la realidad producto del engaño.

**h) El perjuicio patrimonial.** -Es el último elemento objetivo a verificar dentro o criminal que implica el delito de estafa. El perjuicio patrimonial se consecuencia de la disposición

patrimonial mal ejercida por la falsa percepción de la realidad generada por el engaño. Debe entenderse como utilidad menoscabada en el patrimonio del sujeto pasivo. Cabe precisar que para que este perjuicio sea típico debe ser resultado del engaño típico dado por el sujeto activo.

**2. La estafa sobre actos ilícitos**

**DÉCIMO:** Teniendo en claro los elementos objetivos del tipo penal de estafa y cómo estos se suscitan consecutivamente en el camino criminal, conviene detenernos y analizar qué pasa respecto a la realidad erróneamente percibida por el sujeto activo, producto del engaño, y si ésta implica la actuación de hechos ilícitos, incluso delictivos. Es decir, si el desprendimiento patrimonial voluntario -productos del engaño- se dirige como contraprestación de un accionar ilícito.

**DÉCIMO PRIMERO:** Al respecto, existe en la doctrina tanto teorías a favor como en contra de la denominada estafa de fines ilícitos, o estafa con cc1usa ilícita. podemos señalar que aquellas teorías que sostiene que el tipo penal de estafa abarca

		<p>incluso aquellas cuestiones ilícitas se sustenta en afirmar que lo que en realidad importa es el perjuicio del sujeto activo producto del engaño, independientemente de la licitud de la contraprestación<sup>14</sup> o la moralidad del sujeto pasivo. Se refuerza al sostener que independientemente de que la contraprestación se sustente en un actuar ilícito, la esfera patrimonial del sujeto pasivo se verá mermada producto de un engaño.</p> <p><b>DÉCIMO SEGUNDO:</b> Sin embargo, en contraposición a lo señalado un sector de la doctrina afirma que los supuestos de estafa con fines ilícitos no son tutelados por el derecho penal. Principalmente porque niegan un perjuicio típico del delito de estafa. Esta posición se sustenta por un lado alegando lo armonía jurídica que debe existir entre el derecho civil y el derecho penal, afirmando que conforme a la normativa civil -inciso 3 del artículo 140 del Código Civil o-, un requisito imprescindible del acto jurídico es su fin lícito. Así, sólo merecerá protección del derecho penal aquellas disposiciones patrimoniales que tienen lugar dentro de un marco jurídico lícito o de una</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>14</sup> GONZALES Rus, Juan J., Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, T. I.. 1ª Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 671

		<p>situación que no contradiga los valores del orden jurídico.<sup>15</sup></p> <p><b>DÉCIMO TERCERO:</b> De igual forma, bajo los preceptos de la moderna teoría de la imputación objetiva, se puede afirmar que en los supuestos de estafa ilícita existe un error que no es típico, por lo que no es tutelado por la norma penal. Nos referimos a cuando es la víctima quien pone en riesgo su patrimonio voluntariamente con el fin de realizar una contraprestación para la ejecución de una acción ilícita, la cual no está reconocida ni protegida por el ordenamiento jurídico; por lo que, no cuenta con los medios legales previstos en supuesto de incumplimiento de contraprestaciones con fin lícito.</p> <p><b>DÉCIMO CUARTO:</b> En base a lo señalado, este Supremo Tribunal considera acertadas aquellas razones que sustentan que la estafa que recae en actos ilícitos debe carecer de protección penal. Lo contrario implicaría brindar tutela jurídica a negocios o contrataciones con contenido intrínsecamente ilícito y en muchos supuestos delictivos. Consideramos que ello sería un contrasentido con los fines de protección del derecho penal que es la protección de bienes</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

<sup>15</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito de Estafa, 1ª Edición, Edit. Bosch, España, 2000, p. 184

		<p>jurídicos. En ese sentido, solo podrá ser tutelable los casos donde el perjuicio que se genera es producto del engaño que proyecta una realidad falsa, pero de apariencia lícita.</p> <p><b>DÉCIMO QUINTO:</b> Conviene precisar que el razonamiento adoptado por esta Sala Suprema está presente con anterioridad en la línea de la jurisprudencia peruana, advirtiendo que, ante supuestos de contraprestaciones con contenido ilícito, no existe estafa, pues consideran que existe una imputación a la víctima, ya que el error es atípico:</p> <p><b>2. Sala Penal Suprema:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- "A tal fin, es conveniente incluir, para a meditación de la trascendencia del engaño, <b>el principio de auto responsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima-atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso-, pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección y, en algunos casos. con su comportamiento contribuye a de manera decisiva a la realización del riesgo permitido ( ... ).</b> Entonces, como señala CHOCLAN MONTALVO, la acción del autor</li> </ul>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--



			<p>en si misma considerada carece de la aptitud suficiente para la relevante puesta en peligro del bien jurídico, y aquella idoneidad para la lesión del bien jurídico ter recibe, precisamente, del comportamiento de la víctima. Bajo estos lineamientos, a decir de NURIA PASTOR, será relevante el engaño cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo a las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de sus bienes jurídicos del cual es titular". ( Resaltado nuestro )<sup>16</sup></p> <p>- "( ... ) de modo que el engaño haya ido una condición cuantitativamente dominante, y si el error procede de una actitud negligente o de censurable abandono o por motivos distintos al engaño, este no será relevante, negándose la relación de</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>16</sup> Ejecutoria Suprema del 11 /3/2010, R.N. N° 3115-2007, LAMBAYEQUE., Gaceta Penal. t. 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2010, p. 157.

		<p>causalidad y, por tanto el carácter idóneo y eficaz del engaño."<sup>17</sup></p> <p>2. Sala Penal Superior</p> <p>Expediente 2618-98 del 14 de setiembre de 1998, fundamento jurídico N° 3</p> <p>"( ... ) tampoco se pueda afirmar que la disposición patrimonial realizada por los agraviados haya sido consecuencia de un error motivado, pues concedores de las irregularidades que estaban siguiendo en la obtención de sus papeles, conocían del riesgo que implicaba para su patrimonio el dicha farsa documental. "<sup>18</sup></p> <p>Expediente N° 233-97 del 02 de diciembre de 1997 " ( ... ); teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el hecho acontecido, advierte que <b>las agraviadas tenían pleno conocimiento de los riesgos que suponía efectuar de manera irregular los trámites tendientes a obtener la visa de viaje</b>, dada la naturaleza personalísima de tal acto; <b>hecho que desnaturalizan en ilícito investigado, toda vez que ha existido un riesgo</b></p>						
--	--	---	--	--	--	--	--	--

<sup>17</sup> Ejecutoria Suprema del 19/7/2001.R.N.N°. 773-2001-LIMA. PEREZ ARROYO Miguel, La evolución de la Jurisprudencia en el Perú (2001-2005) T. 11, Instituto Peruano de I criminología y ciencias penales / Iuris Consulti / Editorial San Marcos Lima, 2006, p. 1125

<sup>18</sup> Véase en razonamiento jurídico Penal Academia de la Magistratura, Capítulo VI "Jurisprudencia" en [http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere\\_pen\\_proce\\_penal/razonojurid\\_pen/capituloIV.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/razonojurid_pen/capituloIV.pdf)

		<p><b>de conocimiento de las agraviadas</b>, el cual podía llevar o no a la sor acción del engaño, ardid o astucia o mantener en error a las víctimas n se ha acreditado fehacientemente."<sup>19</sup></p> <p>En las citadas jurisprudencias se descartó la configuración del delito de estafa bajo el razonamiento que la contraprestación realizada por el sujeto pasivo se encontraba fuera de protección normativa, al pretender la comisión de un acto no permitido por ley. Un vez más reiteramos que el ordenamiento jurídico no tutela mediante el delito de estafa el patrimonio que se perdió voluntariamente a fin de la comisión de un acto ilícito, pensamos en lo compra de droga, el pago de sobornos, la obtención irregular de papeles, la contratación de un sicario, etc. Pues esto implica un riesgo exclusivo de la víctima, que no es tutelable por la norma.</p> <p><b>B. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA</b></p> <p><b>DÉCIMO SEXTO:</b> Para la resolución del caso concreto es necesario precisar la configuración del delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; en ese sentido, tenemos que el delito de asociación ilícita para delinquir tiene como</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>19</sup> Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 02 de diciembre de 1998, Exp. N° 4233-97. LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel. Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario. Grijley. Lima. 1999. pág. 275.

		<p>presupuesto a una agrupación de personas vinculadas a través de una organización estable y más o menos duradera: jerárquicamente estructurada-, cuyas voluntades convergen para realizar colectivamente un programa criminal. Asimismo, se reitera que su configuración requiere que la agrupación tenga el objetivo determinado por la ley: cometer delitos. (Véase tal rozo amiento en R.N. N° 1537-2013 f.j. 5.1, R.N. N° 999-2014 f.j. 5, entre otros)</p> <p><b>DECIMO SÉTIMO:</b> Como se advierte de lo señalado, una característica fundamental que determina la existencia del delito de asociación ilícita es el in u objeto de la organización, es decir, que funcione para la realización comisión- de actos intrínsecamente delictivos. Así, esta Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N°4-2006/CJ-1 1 6, fundamento jurídico N° 13 señaló que " ( ... ) sino de una organización instituida con fines delictivos ( ... ) ". Así, posteriormente esta Suprema Corte se ratificó señalando que, si bien no es necesario que la organización haya perpetrado actos ilícitos, sí se exige que la constitución de la organización haya tenido como fin la comisión de actos ilícitos. (Véase R.N. N° 1296-2007 f.j. 4).</p> <p><b>VI.-ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO</b></p> <p><b>DÉCIMO OCTAVO:</b> En el caso concreto, se puede advertir que los hechos imputados a la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado -</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>véase fundamento jurídico primero de la presente ejecutoria-fueron subsumidos en dos delitos: el delito de estafa -artículo 196 del Código penal- en grado de tentativa-y el delito de asociación ilícita - artículo 317 del Código Penal-; al respecto, en base a los hechos demostrados en juicio oral con las debidas garantías que la ley prevé, corresponde a este Supremo Tribunal considerando los fundamentos jurídicos expuestos-resolver si en el caso concreto ha existido una correcta subsunción típica en los delitos señalados.</p> <p><b>A. Del delito de estafa en el caso concreto</b></p> <p><b>Engaño:</b> Se tribuye a la recurrente haber engañado al Alcalde de la Municipalidad de Vitor, al indicarle que se realizaría una inspección de la Contraloría de la Republica -ORC Arequipa.</p> <p><b>Error en la percepción de la realidad:</b> El alcalde de Vitor, Cuadros Treviño, creyó que se realizaría una inspección y auditoría de su Municipalidad, y que para evitarlo tendría que pagar la suma de \$ 45 000.00 dólares americanos</p> <p><b>Traslado patrimonial ilícito:</b> El agraviado se encontraba a punto de desembolsar parte de su patrimonio producto del engaño y de la percepción errada que tenía de la realidad; sin embargo, existió una intervención policial que lo frustró.</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p><b>Perjuicio económico:</b> No se llegó a realizar, pues se trataría de un delito de estafa en grado de tentativa.</p> <p><b>VIGESIMO.</b> - Si bien aparentemente los hechos imputados se subsumen en el tipo penal de estafa - grado tentativa-conviene detenernos y analizar la errada percepción de la realidad que se generó en el sujeto pasivo, y en virtud a la cual se llevaría a cabo el desprendimiento patrimonial. En ese entender, el sujeto pasivo -Cuadros Triveño-producto del engaño creyó que se realizaría una auditoría a cargo de la entidad correspondiente, Contraloría de la República -ORC Arequipa. Con el fin de evitar dicha inspección, que se encontraría conforme a Ley pues es competencia de la Contraloría realizar dichas auditorias, aceptó realizar una contraprestación dineraria, que sería perjudicial para éste, ya que su percepción de la realidad fue falsa.</p> <p><b>VIGÉSIMO PRIMERO:</b> En base a lo señalado, respecto a la estafa de actos ilícitos, se puede afirmar que es justamente el supuesto del caso concreto.</p> <p>El alcalde de la Municipalidad de Vitor aceptó de manera voluntaria realizar una disposición patrimonial a favor de la encausada Aizcorbe</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>Delgado actual recurrente con el fin de que ésta evite la auditoria Municipal. Es decir, realizo un pago de contraprestación a que se evite que una entidad del estado realice sus funciones conforme a Ley<sup>20</sup> en ese sentido se pretendió la ejecución de la denominada estafa de actos ilícitos.</p> <p><b>VIGESIMO SEGUNDO:</b> En ese entender, la conducta realizada por la recurrente resulta atípica; pues como se concluyó en apartados precedentes, la denominada estafa de actos ilícitos no amerita protección jurídica, al menos no bajo el supuesto típico de estafa. Ya que la disposición patrimonial que se ejerce -o en el supuesto concreto se iba a ejercer- obedece a una acción voluntaria intrínsecamente ilícita del sujeto pasivo, que expuso a su patrimonio a un riesgo no tutelado por la norma penal -ni civil, pues el objeto del negocio que se pretendía era ilícito-.</p> <p><b>B. El delito de asociación ilícita para delinquir - artículo 317 del CP</b></p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>20</sup> La Contraloría General de la República es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. Supervisa, vigila y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado. Para realizar con eficiencia sus funciones, cuenta con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera. Específicamente el literal "b" del artículo 22 de la Ley N° 27785 señala "Ordenar que los órganos del Sistema realicen las acciones de control que a su juicio sean necesarios o ejercer en forma directa el control externo posterior sobre los actos de las entidades."

		<p><b>VIGÉSIMO TERCERO:</b> Una vez establecido que los hechos imputados a la t/recurrente no configuran el delito de estafa, pues su conducta resulta atípica, al incumplir en concreto contraprestaciones jurídicas no protegidas por el derecho por tener objeto o fines ilícitos; corresponde verificar si en el caso concreto se configura el delito de asociación ilícita.</p> <p><b>VIGÉSIMO CUARTO:</b> Como se señaló el presente tipo penal se configura en principio con la presencia de dos o más sujetos (supuesto que se cumple en el caso concreto); asimismo, se precisa que no se requiere la ejecución de actos criminales, sino que basta la existencia de la organización constituida con un fin ilícito; es decir, con la idea común de concretar uno o más acciones criminales así en el caso concreto, debemos preguntarnos, si existió una organización, y si ésta tenía el fin de cometer delitos.</p> <p><b>VIGESIMO QUINTO:</b> De la revisión de autos se tiene que la sentencia recurrida en su fundamento jurídico N° 3.4. 9, referido al análisis de la asociación ilícita en el caso concreto, avala y se remite a lo señalado en la sentencia de primera instancia, la cual en su fundamento jurídico N° 10.15 señala textualmente que: " (... ) lo que nuevamente corrobora la voluntad societaria de cometer delitos contra el patrimonio engañando a</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--



		<p>los agraviados sobre acciones efe control de la Contraloría en sus instituciones, e inducirlos a error para obtener un desprendimiento patrimonial a favor de sus integrantes." En ese sentido, si bien se ha determinado que los actos cometidos por la recurrente califican como estafa de actos ilícitos, y son acciones no tuteladas en nuestro ordenamiento; sin embargo <b>no se puede descartar la antijuricidad y culpabilidad de sus acciones, que tenían como fin obtener de forma ilícita dinero.</b></p> <p><b>VIGÉSIMO SEXTO:</b> Esta Suprema Corte ha señalado en apartados precedentes que el artículo 317 del Código Penal es un tipo penal autónomo, donde basta la sola intención delictiva, que fomenta la organización y distribución de roles sin llegar a la ejecución- para configurarse. En ese sentido, como se puede apreciar, los indicios analizados en primera instancia -véase fundamento jurídico Décimo a fojas 49- arribaron a sostener la configuración de una organización criminal con el fin de realizar estafas a funcionarios de diversas municipalidades haciéndoles creer que se realizarían auditorías de sus gestiones, y exigir a cambio de evitarlas una contraprestación.</p> <p><b>VIGÉSIMO SÉTIMO:</b> Es decir, la finalidad delictiva a nivel de primera instancia, que fue avalada por la sentencia recurrida, era la comisión de los actos denominados por esta Suprema Corte</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>como estafa de actos ilícitos. Estas acciones, pese a no configurar el delito de estafa, encierran en sí misma un fin · bien en el caso concreto no se configuró -por presiones del tipo penal de estafa puso configurarse en un futuro dado que la organización tenía como fin obtener dinero de forma ilícita de las diversas Municipalidades de Arequipa para lo cual contaba con toda una organización y roles definidos de sus participantes en ese sentido en el caso concreto se puede afirmar que sí se configuró el delito de asociación ilícita.</p> <p><b>VIGÉSIMO OCTAVO:</b> Por lo señalado, se puede afirmar que en el caso concreto se ha configurado la causal 3 del artículo 429 del CPP; pues como se señaló, existió una errónea interpretación del tipo penal del artículo 196 del Código penal; asimismo, respecto al análisis del mismo delito existió una falta de motivación de la Sala Penal Superior, en tanto omitió responder los argumentos esgrimidos por la defensa respecto a la ausencia de tipicidad de la estafa de actos ilícitos; configurándose también la causal 4 del artículo 429 del CPP. Sin embargo, como se argumentó precedentemente, en el caso concretó si se configura el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; así, pese a la argumentación diferente dada por la Sala Superior, la resolución en dicho extremo es correcta.</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p><b>VII. CASACIÓN DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE</b></p> <p><b>VIGÉSIMO NOVENO:</b> En base a la facultad de casar de oficio de esta Corte Suprema conforme al inciso 1 del artículo 432 del CPP que literalmente señala: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso ( ... ) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.", se advierte como necesario desarrollar doctrina jurisprudencia vinculante, respecto a los posibles efectos que puede generar la sentencia casatoria en las partes vinculadas no recurrentes que se encuentren en la misma situación jurídica que la parte recurrente en casación.</p> <p><b>TRIGÉSIMO:</b> Para emitir al respecto una posición razonada y motivada conforme a derecho y los fines de la casación es necesario tener en consideración que:</p> <p>Los fines últimos de la casación son el de Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelógico<sup>21</sup> 1º. El último de éstos hace referencia a la justicia en el caso</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>21</sup> Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, INPECCP-CENALES, Lima, Perú, 2015, pg. 709

		<p>concreto, teniendo un enfoque normativo integral respecto de los derechos humanos.</p> <p><b>TRIGÉSIMO PRIMERO:</b> Asimismo, partiendo de un ámbito general de la teoría de la impugnación, debemos recordar que los recursos impugnativos - reposición, apelación, casación, y queja- tienen ciertos efectos jurídicos generales como el devolutivo, suspensivo, diferido y extensivo. Centrándonos en el último de estos, conforme la doctrina, consiste en ampliar los efectos jurídicos –positivos de una impugnación a la parte que no realizó el acto impugnativo, pero que se encuentra en situación idéntica de aquel que presenta la impugnación.<sup>22</sup></p> <p><b>TRIGÉSIMO SEGUNDO:</b> Siguiendo esa línea, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en su artículo 408 inciso del CPP la extensión de los recursos, señalando que: "Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales." (Resaltado nuestro) Cabe precisar, a modo de ejemplo, que un motivo o condición personal no extensible a los demás coimputados puede ser la edad de uno de los sujetos; si trata por ejemplo de una menor de edad,</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

---

<sup>22</sup> VESCOVI, Enrique, Los recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, Depalma Buenos Aires, 1988, p. 58.

		<p>o un sujeto en calidad de responsabilidad restringida.</p> <p><b>TRIGÉSIMO TERCERO:</b> Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408, inciso 1. del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dkelógico del recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria positiva-a aquellos coimputados que no recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso de la garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia.</p> <p><b>TRIGÉSIMO CUARTO:</b> Por lo señalado, en el caso concreto, corresponde:</p> <p><b>Absolver por delito de estafa -grado tentativa-</b> a la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado, así como a sus coimputados Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela ele la Torre Venegas. Asimismo, absolver a Marco Antonio Zuñiga Herrera como cómplice secundario del citado delito.</p> <p><b>Confirmar la condena por el delito de Asociación ilícita</b> impuesta en contra de la</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado, y sus coimputados Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pcmcorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas.</p> <p><b>VIII. DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA</b></p> <p><b>TRIGÉSIMO QUINTO:</b> La determinación judicial de la pena debe realizarse conforme a sus fines, siendo importante resaltar que los fines de la pena, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia STC 00033-2007-PITC-, son dos: i) el fin preventivo especial -artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú-: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", y, ii) el fin preventivo general - artículo 44, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú-: Son deberes primordiales del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad ( ... ) ". Considerando en el caso concreto la necesidad de imponer una pena proporcional al daño concretamente causado, buscando un equilibrio entre el fin preventivo especial y general corresponde confirmar la pena impuesta a:</p> <p>e) A Helen Verónica Aizcorbe Delgado de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-, la misma que con</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 29 de octubre del_ año 2017.</p> <p>f) A Dyana Liz Díaz Cruz de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 31 7 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 29 de octubre del año 2017.</p> <p>g) Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita artículo 317 del Código Penal-, la misma que se empezará a computar desde la fecha de su captura.</p> <p>h) A Katty Pamela de la Torre Venegas, de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 20 de mayo del año 2018.</p> <p><b>IV. DECISIÓN:</b> <b>Por estos fundamentos declararon:</b></p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>V. <b>FUNDADO EN PARTE</b> el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de vista del veintinueve de diciembre del dos mil catorce, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del código Procesal Penal.</p> <p>VI. <b>CASARON</b> la sentencia del veintinueve de diciembre de dos mil catorce que resolvió: "Confirmar la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pomelo De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa -grado tentativa-, y asimismo autores del delito de Asociación ilícita para delinquir. Así como confirmó declarar cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa -grado tentativa. y, actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo REVOCARON la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--



		<p>Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa. Así como en el extremo que declaró cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el citado delito. Y, <b>REFORMÁNDO DECIDIERON:</b></p> <p><b>ABSOLVER</b> a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio en su \ modalidad de Estafa. Asimismo; se absolvió a Marco Antonio Zuñiga Herrera, de la imputación de cómplice secundario por el citado.</p> <p><b>DISPUSIERON</b> que se archive el proceso definitivamente en lo que a este extremo se refiere, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales correspondientes.</p> <p><b>CONFIRMAR</b> la condena impuesta a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas por delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-.Y, <b>CONFIRMAR</b> el extremo de la pena impuesta de 5 años de pena privativa de libertad, por el citado delito.</p>								
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>VII. <b>ESTABLECIERON</b> como doctrina jurisprudencia vinculante, los fundamentos jurídicos VIGÉSIMO NOVENO A TRIGÉSIMO TERCERO de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia precisa al efecto extensivo del recurso de casación.</p> <p>VIII. <b>ORDENARON</b> se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber. Interviene el señora Juez Supremo Chávez Mella, por goce vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.</p> <p>s. s.</p> <p>PARIONA PASTRANA  NEYRA FLORES  SEQUEIROS VARGAS  FIGUEROA NAVARRO  CHAVEZ MELLA  JPP/jcd.</p>							
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--



**Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 421-2015 AREQUIPA , del Distrito Judicial de Arequipa – Lima, 2019.**

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables								
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0,5]	[1,5]	[2,5]		[0-6]	[7-12]	[13-20]	[0-25]	[26 - 50]	[51 - 80]			
Incompatibilidad normativa	EXCLUSIÓN	Validez formal	2			6	[13-20]	Siempre							
		Validez Material	3				[7-12]	A veces							
	COLISIÓN	Control difuso	4				4	[0-6]							
						[13-20]		Siempre							
						[7-12]		A veces							
	Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN		[0]	[2,5]	[5]		[51-80]							
Sujeto a			1												
Resultados			1			17.5	[26 - 50]	Inadecuada							

		<b>Medios</b>	<b>3</b>				[0-25]	Por remisión						
<b>INTEGRACIÓN</b>		<b>Principios generales</b>	<b>1</b>			<b>0</b>	[51-80]	Adecuada						
		<b>Laguna de ley</b>	<b>1</b>				[26 - 50]	Inadecuada						
		<b>Argumentos de integración jurídica</b>	<b>1</b>				[0-25]	Por remisión						
<b>ARGUMENTACIÓN</b>		<b>Componentes</b>	<b>1</b>			<b>15</b>	[51-80]	Adecuada						
		<b>Sujeto a</b>	<b>5</b>				[26 - 50]	Inadecuada						
		<b>Argumentos interpretativos</b>	<b>2</b>				[0-25]	Por remisión						

**Fuente:** Sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 421-2015 AREQUIPA , del Distrito Judicial de Arequipa – Lima, 2019

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

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

En cuanto a la primera variable, no se evidenció incompatibilidades normativas, por ende, no fueron necesarios acudir para su solución, tanto a las subdimensiones de las "validez formal " y "validez material", Por otro lado, tampoco en el caso se presentó conflicto de principios que ameritará el uso del Test de ponderación.

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

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

En cuanto a la primera variable, no se evidenció incompatibilidades normativas, por ende, no fueron necesarios acudir para su solución, tanto a las subdimensiones de las "validez formal" y "validez material", Por otro lado, tampoco en el caso se presentó conflicto de principios que ameritará el uso del Test de ponderación.

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

## **4. 2. Análisis de resultados**

Los resultados de la investigación revelan que la forma en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 421-2015 del Distrito Judicial de Arequipa -Lima. 2019, fue inadecuada, de acuerdo con los indicadores aplicados en el presente estudio.

**Respecto a la variable: incompatibilidad normativa.** Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos de Incompatibilidad normativa, en las dimensiones de Exclusion y Colisión de Principios; así, en lo referente al primero que consta de dos subdimensiones, como las "Validez formal" y "Validez material!", estos arrojan una calificación de "0", estando que no existe conflicto de disposiciones para la solución del caso. En el caso de la segunda dimensión (Colisión de principios), en función de la subdimensión de "Ponderación", se tuvo una calificación de "0", ello en razón de que en la sentencia no se hizo del test de proporcionalidad al no existir conflicto de principios. En lo relacionado a las antinomias tenemos que en el caso que nos trae a colación sucedió lo siguiente:

### **a) Antinomias**

No se cumple, por cuanto el caso jurídico no plantea una colisión de enunciados normativos, por ende, el colegiado lo que hizo es plantear el juicio de verificación de la sentencia impugnada en función de los razonamientos jurídicos procesales.

### **b) Colisión de principios**

No se cumple, por cuanto el caso no presenta colisión de principios, entonces no a mérito la aplicación del test de proporcionalidad.



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

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

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

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

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

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

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

Se debe considerar además que en la presente investigación que la casación **421-2015 AREQUIPA** , señalo en su octavo y siguientes considerandos:

**OCTAVO:** El delito de estafa está regulado en el artículo 196 del Código Penal, que dice: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otro formo fraudulento, será reprimido con peno privativo de libertad no menor de uno ni mayor de seis años."

**NOVENO:** Para la configuración del delito de estafa nuestro legislador ha configurado un camino comisivo determinado; es decir, se requiere que los elementos objetivos del tipo penal se presenten de manera secuencial, en el siguiente orden: a) el engaño, b) el error en la representación de la realidad, e) la disposición patrimonial y, por último, del perjuicio.

- i) **El engaño.** - Es el medio determinado por el legislador para que el sujeto a al sujeto pasivo a ejercer un acto de disposición patrimonial en su favor. Así, solo mediante el engaño, y no otra forma de inducción, se podrá hablar de estafa.

Se considera que dentro de los elementos objetivos del delito de estafa, el engaño es el más importante. A su vez este presupuesto cuenta con tres elementos indispensables para su configuración típica:

a.1. El engaño debe producirse antes de que el error se genere en el sujeto pasivo. (Véase al respecto el R.N. N° 325-2014)

a.2. Debe ser causa; es decir, el engaño realizado por el sujeto activo debe ser el que genere el error en la víctima.<sup>23</sup>

a.3. El engaño debe ser idóneo; es decir, debe ser un engaño suficiente para generar el error en la víctima. Así, ésta pese a usar los

---

<sup>23</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 111. (reimp. de lo 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2010, p. 392

mecanismos jurídicos que Se otorga el ordenamiento jurídico no logrará evitar el engaño.<sup>24</sup>

- j) **Error en la representación de la realidad.** - Es entendido como el vicio del consentimiento que se genera en el sujeto pasivo producto del engaño. Así, se reitera que el error en la representación de la realidad debe ser posterior y consecuencia del engaño. En ese sentido, será atípico si el error en la representación de la realidad es producto de una equivocación propia del sujeto pasivo, o de información errada brindada por terceros.
- k) **La disposición patrimonial.** - Dentro del tipo de estafa debe entenderse por disposición patrimonial a todo comportamiento que realiza el titular del patrimonio, con la mira de cumplir determinados fines, generando que el objeto patrimonial salga de su esfera de dominio, introduciéndose ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito. Así, existe una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo por su propia voluntad como consecuencia del error en su representación de la realidad producto del engaño.
- l) **El perjuicio patrimonial.** -Es el último elemento objetivo a verificar dentro o criminal que implica el delito de estafa. El perjuicio patrimonial se consecuencia de la disposición patrimonial mal ejercida por la falsa percepción de la realidad generada por el engaño. Debe entenderse como utilidad menoscabada en el patrimonio del sujeto pasivo. Cabe precisar que para que este perjuicio sea típico debe ser resultado del engaño típico dado por el sujeto activo.
- m) **El perjuicio patrimonial.** -Es el último elemento objetivo a verificar dentro o criminal que implica el delito de estafa. El perjuicio patrimonial se consecuencia de la disposición patrimonial mal ejercida por la falsa percepción de la realidad generada por el engaño. Debe entenderse como utilidad menoscabada en el patrimonio del sujeto pasivo. Cabe precisar que para que este perjuicio sea típico debe ser resultado del engaño típico dado por el sujeto activo.

Como se podrá observar el tribunal motivo las interpretaciones de los tipos penales en todos los extremos señalando, por esas razones no se señalaron temas como antinomias, y colusiones de principios.

---

<sup>24</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *Ibidem.* p. 393

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5. 1. Conclusiones

De acuerdo con los criterios de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, la forma en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° **421-2015 AREQUIPA**, del Distrito Judicial de Arequipa - Lima 2019, se demostró que no se presenta la incompatibilidad normativa, sin embargo, las técnicas de interpretación empleada fueron inadecuadas (Cuadro Consolidado N° 3).

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

1. En la sentencia materia de estudio no se evidenció incompatibilidad normativa en sus dimensiones de Exclusion y Colisión de principios, pues, el caso no presenta esa particularidad, es decir, el motivo de la casación no reviste esos criterios. Son estos los motivos por los que no se efectuó una calificación.

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

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

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

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

## **5. 2. Recomendaciones**

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

1. En el caso, no se aprecia la incompatibilidad normativa, por ende, no se puede hacer recomendación alguna.

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

2. En este rubro, no existe mayor comentario, más solo que debió establecerse del porqué se hizo uso de la máxima de "voluntad impugnativa", estando que no se precisa cuál fue el error en que hubiera incurrido el casacionista.

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

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

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

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

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

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Fuentes primarias:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Legislación extranjera:**

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

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

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

### **Fuentes secundarias:**

(s.f.).

Abad Yupanqui, S. B. (04 de 03 de 2010). *www.unifr.ch*. Recuperado el 25 de 01 de 2018, de [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch): [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20100304\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100304_01.pdf)

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

**A**

**N**

**E**

**X**

**O**

**S**

## ANEXO 1

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

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA MOTIVACIÓN DEL DERECHO)	INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Antinomias	Reglas tradicionales	Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones provenientes de fuentes de tipo diferente, teniendo en cuenta el principio jerárquico. (Basado en que la norma superior se aplica respecto a la inferior) Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones, teniendo en cuenta el criterio de especialidad y temporalidad o cronológico. (Basado en tomar en cuenta la norma más específica o de competencia o la más reciente en el tiempo; es decir, la norma posterior abroga a la precedente)
			Procedimientos de decisión	Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones, teniendo en cuenta criterios adicionales a las tradicionales. (Basado en tomar en cuenta la norma basado en justificaciones interpretativas, argumentativas, criterios derogativos y análisis normativos o lógica deóntica) Los razonamientos evidencian que las disposiciones seleccionada (constitucional y legal), 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)

TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN			Establece las causales adjetivas para la selección de disposiciones. (Basadas en el Artículo 429° del Código Procesal Penal, las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de Establecer qué principio o derecho se vulneró)
	Colisión de principios	Ponderación	Los razonamientos evidencian la colisión normativa en las disposiciones seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las disposiciones deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al (os) derecho (s) fundamental (es) vulnerado (s)) Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio 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)
			Sujetos
	Interpretación	Resultados	Establece el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las disposiciones seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa)
		Medios	Establece los criterios de interpretación jurídica de disposiciones seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las disposiciones penales que garantizan el proceso. (Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico)



			<p>Establece los criterios de interpretación constitucional de disposiciones seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender la constitucionalidad en tato sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)</p>
	Integración	Auto integración	<p>Establece la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)</p>
		Hetero integración	<p>Establece los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)</p>
		Ámbitos de la argumentación	<p>Establece los argumentos con relación a la creación de disposiciones por integración. (Basado en el uso de la costumbre, jurisprudencia y equidad).</p>
	Argumentación	jurídica	<p>1. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones de interpretación de enunciados normativos para resolver el caso (Problemas de interpretación).</p>
		Vicios de la argumentación	<p>2. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones probatorias para resolver el caso (Problemas de valoración de pruebas).</p>
		Teorías de la argumentación jurídica	<p>Establece la presencia de vicios en la argumentación en la solución del caso. (a) Falta de razones; b) Razones irrelevantes; c) Razones defectuosas; d) Suposiciones no garantizadas; e) Ambigüedades)</p>
			<p>1. Establece el uso de la teoría del discurso jurídico como método de la de argumentación jurídica. (Uso del discurso jurídico)</p>
			<p>2. Establece el uso de la teoría de Manuel Atienza como método de la argumentación jurídica. (Uso de la propuesta de Atienza).</p>

## ANEXO 2

<p style="text-align: center;"><b>CUADROS DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y ESTABLECIERON DE LAS VARIABLES (EN MATERIA PENAL)</b></p>
--

### 2. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo con el Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a la sentencia de la Corte Suprema.
2. Las variables de estudio son incompatibilidad normativa y las técnicas de interpretación proveniente de la sentencia de la Corte Suprema.
3. La variable independiente: incompatibilidad normativa comprende dos dimensiones (Antinomias y Colisión de principios).
4. La variable dependiente: técnicas de interpretación comprenden tres dimensiones (Interpretación; Integración y Argumentación).
5. Cada dimensión de las variables tiene sus respectivas subdimensiones.

#### **En relación con la variable independiente: incompatibilidad normativa**

- 5.1. Las subdimensiones de la dimensión "Antinomias", son 2: Reglas tradicionales y Procedimientos de decisión.
- 5.2. Las subdimensiones de la dimensión "Colisión de principios", es 1: Ponderación.

#### **En relación con la variable dependiente: técnicas de interpretación**

- 5.3. Las subdimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: sujetos, resultados y medios.
- 5.4. Las subdimensiones de la dimensión Integración, son 2: Auto integración y Heterointegración.

5.5. Las subdimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: Ámbitos de la argumentación jurídica, vicios en la argumentación y teorías de la argumentación jurídica.

5.6. Que la dimensión "Antinomias" presenta 5 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

5.7. Que la dimensión "Colisión de principios" presenta 4 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

6. Que la dimensión Interpretación presenta 4 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

7. Que la dimensión Integración presenta 3 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

8. Que la dimensión Argumentación presenta 5 Criterios, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.

9. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada subdimensión se ha previsto ciertos Criterios, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en función de los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.

10. De los niveles de calificación: la calidad de las subdimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre incompatibilidad normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.

11. De los niveles de calificación: la calidad de las subdimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.

### **Calificación:**

De los Criterios: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si respeta y no respeta

De las subdimensiones: se Establece en función del número de Criterios cumplidos.

De las dimensiones: se Establecen en función de la forma en que se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.

De las variables: se Establece en función de la aplicación de sus dimensiones respectivas.

### **Recomendaciones:**

Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.

Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.

Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial proveniente del expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.

Hacer suyo, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas que facilitará el análisis de la sentencia de la Corte Suprema, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.

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

Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

### **PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS CRITERIOS**

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia de la Corte Suprema; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

### Cuadro 1

#### Calificación aplicable a los Criterios

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

#### Razonamientos:

El hallazgo de un parámetro se califica con la expresión : Si respeta

La ausencia de un parámetro se califica con la expresión : No respeta

#### PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA ESTABLECER LA FORMA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:

### Cuadro 2

#### Calificación de la forma de la aplicación en la incompatibilidad normativa

Cumplimiento de los Criterios en una subdimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si respeta con las reglas tradicionales y el procedimiento de decisión	(0)	[ 0 ]
Si respeta con el control de principios	(0)	[0 ]

**Razonamientos:**

Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.

Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.

La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se Establece en función del número de indicadores cumplidos.

Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 Criterios previstos, se califica:  
Nunca

**PROCEDIMIENTO BÁSICO PARA ESTABLECER LA FORMA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA EN SUS DIMENSIONES:**

**Cuadro 3**

**Calificación de la forma de la aplicación en las técnicas de interpretación**

<b>Cumplimiento de los Criterios en una subdimensión</b>	<b>Valor (referencial)</b>	<b>Calificación</b>
Si respeta con los Sujetos, Resultados y Medios	(1)	[ 0 ]
Si respeta con Auto integración y Hetero integración	(0)	[ 2,5 ]
Si respeta con los ámbitos de la argumentación jurídica, control de vicios en la argumentación y teorías de la argumentación jurídica.	(5)	[ 5 ]

**Razonamientos:**

Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.

Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.

La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se Establece en función del número de indicadores cumplidos.

Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 Criterios previstos, se califica: Por remisión

**PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER LA FORMA 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	Subdimensiones	Calificación			Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión	
			De las subdimensiones					De la dimensión
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0,5]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Antinomias	Reglas tradicionales	X			0	[ 13 - 20 ]	
			X					
	Procedimientos de decisión	X			[ 7 - 12 ]			
		X						
		X						

	<b>Colisión de principios</b>	Ponderación	X			0	[ 0 - 6 ]	
			X					
			X					
			X					
<b>Variable</b>	<b>Dimensiones</b>	Subdimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			
<b>Técnicas de interpretación</b>	<b>Interpretación</b>	Sujetos			X	5	[ 51 - 80 ]	22.5
		Resultados	X					
		Medios	X					
			X					
	<b>Integración</b>	Auto integración	X			0	[ 26 - 50 ]	
			X					
		Hetero integración	X					
	<b>Argumentación</b>	Ámbitos de la argumentación jurídica			X	17.5	[ 0 - 25 ]	
					X			
		Control de vicios en la argumentación		X				
		Teorías de la argumentación jurídica		X				
				X				

**Ejemplo: 7**, está indicando que la incompatibilidad normativa siempre existe en las 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 con el Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la incompatibilidad normativa, como: la Antinomia y la Colisión de principios.

De acuerdo con el Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación, Integración, y la Argumentación.

El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo con el hallazgo obtenido de los indicadores.

Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación de 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:**

#### **Incompatibilidad normativa**

[ 16 - 25 ] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Siempre

[ 1 - 15 ] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[ 0 ] = Cada indicador se multiplica por 0 = Nunca

## **Técnicas de interpretación**

[ 38 - 75 ] = Cada indicador se multiplica por 5 = Adecuada

[ 1 - 37.5 ] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Inadecuada

[ 0 ] = Cada indicador se multiplica por 0 = Por remisión

**Nota:** Esta información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 4.

### ANEXO 3

#### DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo con el contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, declaro que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre el delito de violación sexual de menor de edad contenido en el expediente N° **421-2015 AREQUIPA** en casación, proveniente del Distrito Judicial De Arequipa.

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, 20 de febrero del 2020

.....

ONOFRE MANSILLA ARACELI ASTRID

72355223

## **ANEXO 04**

### **PROPUESTA DE MODELO DE SENTENCIA**

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

#### **SALA PENAL PERMANENTE**

#### **CASACIÓN N<sup>o</sup> 421-2015 AREQUIPA**

**SUMILLA:** Una interpretación integral del delito de estafa, en armonía con el ordenamiento jurídico, y en consideración de la teoría de la imputación objetiva concluye que el ordenamiento jurídico no tutela los casos denominados como estafa de actos ilícitos. Asimismo, es necesario precisar que un elemento fundamental del delito de asociación ilícita es el fin con el que se origina la organización, es decir el fin ilícito, más allá de si llega o no a ejecutar el programa criminal

#### **SENTENCIA CASATORIA**

**Lima, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.**

VISTOS; en audiencia el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de vista del veintinueve de diciembre de dos mil catorce -fojas 2 del cuaderno de casación-, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal penal Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA

#### **I. ANTECEDENTES:**

##### **A. Hechos fácticos relevantes**

**PRIMERO:** Conforme al requerimiento de acusación -fojas 1-los hechos que se imputan a la recurrente son los siguientes: Christian Mario Cuadros Treviño, alcalde de la Municipalidad Distrito! de Vitor, fue contactado por una persona que afirmaba pertenecer a la Contraloría indicándole que efectuarían un examen especial de su periodo de gestión como

Alcalde. Asimismo, indicaron que se comunicara con la doctora Dyana Diaz Cruz, trabajadora de la Contraloría Regional de la ciudad de Arequipa. Así, el 12 de julio de 2012, Cuadros Treviño llamó desde su celular -asignado por la municipalidad- a Dyana Liz Díaz Cruz al número 054-288885, verificando que correspondía a un número de la Contraloría. Dyana Liz Díaz Cruz, atendió la llamada y comunicó a Cuadros Treviño, que era la doctora Helen Verónica Aizcorbe Delgado la que se encontraba a cargo del examen especial de la Municipalidad de Vitor y que debía comunicarse directamente con ella, para lo cual le brindó su número celular.

- Cuando se comunicó al número brindado la señora Aizcorbe le explicó que se encontraba de viaje, y que se comunicara con ella después. Así, Cuadros Triveño la llamó el 16 de julio 2012 citándose en el Hotel Libertador de Selva Alegre, Alli, la señora Aizcorbe Delgado comunicó al Alcalde que el 20 de agosto se haría un examen especial penal y vendrían 12 auditores a nivel nacional mostrándole un documento donde se consignaban todas las obras. procesos de selección, estados financieros y contratación de personal que iba a ser auditado en un plazo de 107 días; asimismo, le indicó que todo "merecía que fuese a la cárcel"; por lo tanto, para evitar que la Contraloría intervenga, solicitó le pague \$ 45 000.00 dólares americanos, de los cuales solo entregó la suma de \$2 000.00 dólares americanos, el día 10 de setiembre de 2012, en el estudio jurídico de Aizcorbe Delgado, ubicado en José Santos Chocano 302 Umacollo.

- Los hechos citados se llevaron a cabo con la colaboración de Dyana Diaz Cruz, Elder Llerena Pancorbo, Katty Pamela De La Torre Venegm y Marco Antonio Zuñiga Herrera, quienes cumpliendo diferentes funciones pretendían dar credibilidad a lo afirmado por Aizcorbe Delgado respecto a la intervención de la Contraloría en la Municipalidad de Vitor.

## **11. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1º INSTANCIA**

**SEGUNDO:** Los hechos imputados fueron calificados por el Ministerio Público como delitos contra el patrimonio en su modalidad de extorsión -artículo 200 del Código Penal-; contra la Administración Pública, en la modalidad de Trafico de influencias -artículo 400 del citado Código- alternativamente por delito de concusión -artículo 382 del Código Penal-, contra la fe pública, en la modalidad de falsificación y uso de documento -artículo 427 del

Código sustantivo-; y, contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del Código Sustantivo-.

**TERCERO:** Seguido el proceso, en primera instancia con la resolución del 13 de junio de 2014-fojas 8 del Tomo 1-se resolvió:

Sin lugar a emitir pronunciamiento respecto a los delitos de extorsión, concusión, tráfico de influencias, usurpación de funciones, y falsificación y uso de documentos.

Condenan como coautores del delito contra el patrimonio, en su modalidad de Estafa -artículo 196 del Código Penal- a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo y Katty Pamela De La Torre Venegas. Asimismo, los condenan por delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-.

#### **111. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2° INSTANCIA**

**CUARTO:** La resolución de primera instancia fue apelada, llevándose o cabo el proceso en segunda instancia, emitiéndose la resolución del 29 de diciembre de 2014-fojas 70 Tomo 1- que resuelve en lo pertinente a esta casación que:

Confirmar la decisión de dejar sin lugar la emisión de pronunciamiento respecto a los delitos de extorsión, concusión, tráfico de influencias, usurpación de funciones, y falsificación y uso de documentos.

Confirmar la sentencia de primera instancia que dispone desvincularse de la acusación fiscal y condenar a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio, en su modalidad de estafa, previsto en el artículo 196 del Códig<> Penal en agravio de Cristhian Cuadros Treviño. Sin embargo, precision que se trata de un delito en grado de tentativa -artículo 16 del Código Penal-.

Asimismo, confirman la sentencia de primera instancia en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Vengas como autores del delito contra la tranquilidad pública en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del Código Penal-en agravio del Estado.

Así a Helen Verónica Aizcorbe Delgado le impusieron 1 año de pena privativa de libertad efectiva por el delito de estafa en grado de tentativa y 5 años de pena privativa de libertad efectiva por delito de Asociación Ilícita para delinquir. La pena unificada que se le impone a la citada sentenciada es de 6 años años de pena privativa de la libertad la cual con el descuento de carcelería que viene cumpliendo vence el 29 de octubre de 2018.

#### **DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:**

**QUINTO:** Ante la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, la \ sentenciada Aizcorbe Delgado interpuso recurso de casación -fojas 151 Torno 1-, invocando las causales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Es necesario precisar que el recurso de casación fue revisado por esta Suprema Corte como consecuencia de un recurso previo, calificado positivamente por la Corte Suprema mediante la ejecutoria suprema del 20 de abril de 2015 recurso de queja N°59-2015-.

**SEXTO:** Mediante la ejecutoria suprema del 12 de febrero de 2016 -fojas 198 del cuaderno de casación-se calificó positivamente el recurso de casación interpuesto por la sentenciada Aizcorbe Delgado, para revisión de fondo, pues éste cumplía con las formalidades exigidas en la norma procesal -inciso 1, y 2 del artículo 430 del CPP-; permitiendo así vislumbrar a este Supremo Tribunal la posible configuración de las causales alegadas:

**Causal 3 del artículo 429 del CPP.-**Referido a la errónea interpretación del delito de estafa -artículo 196 del CP-. La recurrente afirma que no existir el delito de estafa sobre objetos ilícitos, por lo tanto, su conducta es atípica.

**Causal 4 del artículo 429 del CPP.-** Referido a la inexistencia de / motivación en la sentencia recurrida, respecto a los argumentos de defensa de la recurrente, en razón a que su conducta es atípica.

**SÉTIMO:** En ese sentido, conforme a lo argumentado y requerido por la recurrente, este Tribunal Supremo declaró BIEN CONCEDIDO el recurso de casación, precisando que era necesario establecer la correcta interpretación del artículo 196 del CP, respecto a si es posible considerar como estafa a actos que tienen como objeto acciones ilícitas. Y, asimismo, de no existir un delito base ejecutado -en el caso concreto delito de estafa-si aún se puede sostener la configuración del delito de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del CP-. [Véase fundamento jurídico N° 8 del auto de calificación a fojas. 198 del Tomo 1)

## V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### A. EL DELITO DE ESTAFA

**OCTAVO:** El delito de estafa está regulado en el artículo 196 del Código Penal, que dice: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otro formo fraudulento, será reprimido con peno privativo de libertad no menor de uno ni mayor de seis años."

**NOVENO:** Para la configuración del delito de estafa nuestro legislador ha configurado un camino comisivo determinado; es decir, se requiere que los elementos objetivos del tipo penal se presenten de manera secuencial, en el siguiente orden: a) el engaño, b) el error en la representación de la realidad, e) la disposición patrimonial y, por último, del perjuicio.

- n) **El engaño.** - Es el medio determinado por el legislador para que el sujeto a al sujeto pasivo a ejercer un acto de disposición patrimonial en su favor. Así, solo mediante el engaño, y no otra forma de inducción, se podrá hablar de estafa.

Se considera que dentro de los elementos objetivos del delito de estafa, el engaño es el más importante. A su vez este presupuesto cuenta con tres elementos indispensables para su configuración típica:

a.1. El engaño debe producirse antes de que el error se genere en el sujeto pasivo. (Véase al respecto el R.N. N° 325-2014)

a.2. Debe ser causa; es decir, el engaño realizado por el sujeto activo debe ser el que genere el error en la víctima.<sup>25</sup>

a.3. El engaño debe ser idóneo; es decir, debe ser un engaño suficiente para generar el error en la víctima. Así, ésta pese a usar los mecanismos jurídicos que Se otorga el ordenamiento jurídico no logrará evitar el engaño.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 111. (reimp. de lo 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 2010, p. 392

<sup>26</sup> Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *Ibidem.* p. 393



- o) **Error en la representación de la realidad.** - Es entendido como el vicio del consentimiento que se genera en el sujeto pasivo producto del engaño. Así, se reitera que el error en la representación de la realidad debe ser posterior y consecuencia del engaño. En ese sentido, será atípico si el error en la representación de la realidad es producto de una equivocación propia del sujeto pasivo, o de información errada brindada por terceros.
- p) **La disposición patrimonial.** - Dentro del tipo de estafa debe entenderse por disposición patrimonial a todo comportamiento que realiza el titular del patrimonio, con la mira de cumplir determinados fines, generando que el objeto patrimonial salga de su esfera de dominio, introduciéndose ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito. Así, existe una disminución en el patrimonio del sujeto pasivo por su propia voluntad como consecuencia del error en su representación de la realidad producto del engaño.
- q) **El perjuicio patrimonial.** -Es el último elemento objetivo a verificar dentro o criminal que implica el delito de estafa. El perjuicio patrimonial se consecuencia de la disposición patrimonial mal ejercida por la falsa percepción de la realidad generada por el engaño. Debe entenderse como utilidad menoscabada en el patrimonio del sujeto pasivo. Cabe precisar que para que este perjuicio sea típico debe ser resultado del engaño típico dado por el sujeto activo.

### 3. La estafa sobre actos ilícitos

**DÉCIMO:** Teniendo en claro los elementos objetivos del tipo penal de estafa y cómo estos se suscitan consecutivamente en el camino criminal, conviene detenernos y analizar qué pasa respecto a la realidad erróneamente percibida por el sujeto activo, producto del engaño, y si ésta implica la actuación de hechos ilícitos, incluso delictivos. Es decir, si el desprendimiento patrimonial voluntario -productos del engaño- se dirige como contraprestación de un accionar ilícito.

**DÉCIMO PRIMERO:** Al respecto, existe en la doctrina tanto teorías a favor como en contra de la denominada estafa de fines ilícitos, o estafa con culpa ilícita. podemos señalar que aquellas teorías que sostiene que el tipo penal de estafa abarca incluso aquellas cuestiones ilícitas se sustenta en afirmar que lo que en realidad importa es el perjuicio del sujeto activo producto del engaño, independientemente de

la licitud de la contraprestación<sup>27</sup> o la moralidad del sujeto pasivo. Se refuerza al sostener que independientemente de que la contraprestación se sustente en un actuar ilícito, la esfera patrimonial del sujeto pasivo se verá mermada producto de un engaño.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Sin embargo, en contraposición a lo señalado un sector de la doctrina afirma que los supuestos de estafa con fines ilícitos no son tutelados por el derecho penal. Principalmente porque niegan un perjuicio típico del delito de estafa. Esta posición se sustenta por un lado alegando lo armonía jurídica que debe existir entre el derecho civil y el derecho penal, afirmando que conforme a la normativa civil -inciso 3 del artículo 140 del Código Civil o-, un requisito imprescindible del acto jurídico es su fin lícito. Así, sólo merecerá protección del derecho penal aquellas disposiciones patrimoniales que tienen lugar dentro de un marco jurídico lícito o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico.<sup>28</sup>

**DÉCIMO TERCERO:** De igual forma, bajo los preceptos de la moderna teoría de la imputación objetiva, se puede afirmar que en los supuestos de estafa ilícita existe un error que no es típico, por lo que no es tutelado por la norma penal. Nos referimos a cuando es la víctima quien pone en riesgo su patrimonio voluntariamente con el fin de realizar una contraprestación para la ejecución de una acción ilícita, la cual no está reconocida ni protegida por el ordenamiento jurídico; por lo que, no cuenta con los medios legales previstos en supuesto de incumplimiento de contraprestaciones con fin lícito.

**DÉCIMO CUARTO:** En base a lo señalado, este Supremo Tribunal considera acertadas aquellas razones que sustentan que la estafa que recae en actos ilícitos debe

---

<sup>27</sup> GONZALES Rus, Juan J., Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, T. I. 1ª Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 671

<sup>28</sup> CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El delito de Estafa, 1ª Edición, Edit. Bosch, España, 2000, p. 184

carecer de protección penal. Lo contrario implicaría brindar tutela jurídica a negocios o contrataciones con contenido intrínsecamente ilícito y en muchos supuestos delictivos. Consideramos que ello sería un contrasentido con los fines de protección del derecho penal que es la protección de bienes jurídicos. En ese sentido, solo podrá ser tutelable los casos donde el perjuicio que se genera es producto del engaño que proyecta una realidad falsa, pero de apariencia lícita.

**DÉCIMO QUINTO:** Conviene precisar que el razonamiento adoptado por esta Sala Suprema está presente con anterioridad en la línea de la jurisprudencia peruana, advirtiendo que, ante supuestos de contraprestaciones con contenido ilícito, no existe estafa, pues consideran que existe una imputación a la víctima, ya que el error es atípico:

### 3. Sala Penal Suprema:

- "A tal fin, es conveniente incluir, para a meditación de la trascendencia del engaño, **el principio de auto responsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima-atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso-, pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección y, en algunos casos. con su comportamiento contribuye a de manera decisiva a la realización del riesgo permitido ( ... ).** Entonces, como señala CHOCLAN MONTALVO, la acción del autor en si misma considerada carece de la aptitud suficiente para la relevante puesta en peligro del bien jurídico, y aquella idoneidad para la lesión del bien jurídico ter recibe, precisamente, del comportamiento de la víctima. Bajo estos lineamientos, a decir de NURIA PASTOR, será relevante el engaño cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo a las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de sus bienes jurídicos del cual es titular". ( Resaltado nuestro )<sup>29</sup>
  
- "( ... ) de modo que el engaño haya ido una condición cuantitativamente dominante, y si el error procede de una actitud negligente o de censurable abandono o por motivos distintos al engaño, este no será relevante, negándose la relación de causalidad y, por tanto el carácter idóneo y eficaz del engaño."<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ejecutoria Suprema del 11 /3/2010, R.N. N° 3115-2007, LAMBAYEQUE., Gaceta Penal. t. 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 201 O, p. 157.

<sup>30</sup> Ejecutoria Suprema del 19/7/2001.R.N.N°. 773-2001-LIMA. PEREZ ARROYO Miguel, La evolución de la Jurisprudencia en el Perú (2001-2005) T. 11, Instituto Peruano de I criminología y ciencias penales / Iuris Consulti / Editorial San Marcos Lima, 2006, p. 1125

3. Sala Penal Superior

Expediente 2618-98 del 14 de setiembre de 1998, fundamento jurídico  
Nº 3

"( ... ) tampoco se pueda afirmar que la disposición patrimonial realizada por los agraviados haya sido consecuencia de un error motivado, pues conoedores de las irregularidades que estaban siguiendo en la obtención de sus papeles, conocían del riesgo que implicaba para su patrimonio el dicha farsa documental. "<sup>31</sup>

Expediente Nº 233-97 del 02 de diciembre de 1997 " ( ... ); teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el hecho acontecido, advierte que **las agraviadas tenían pleno conocimiento de los riesgos que suponía efectuar de manera irregular los trámites tendientes a obtener la visa de viaje**, dada la naturaleza personalísima de tal acto; **hecho que desnaturalizan en ilícito investigado, toda vez que ha existido un riesgo de conocimiento de las agraviadas**, el cual podía llevar o no a la sor acción del engaño, ardid o astucia o mantener en error a las víctimas n se ha acreditado fehacientemente."<sup>32</sup>

En las citadas jurisprudencias se descartó la configuración del delito de estafa bajo el razonamiento que la contraprestación realizada por el sujeto pasivo se encontraba fuera de protección normativa, al pretender la comisión de un acto no permitido por ley. Un vez más reiteramos que el ordenamiento jurídico no tutela mediante el delito de estafa el patrimonio que se perdió voluntariamente a fin de la comisión de un acto ilícito, pensamos en lo compra de droga, el pago de sobornos, la obtención irregular de papeles, la contratación de un sicario, etc. Pues esto implica un riesgo exclusivo de la víctima, que no es tutelable por la norma.

---

<sup>31</sup> Véase en razonamiento jurídico Penal Academia de la Magistratura, Capítulo VI "Jurisprudencia" en [http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere\\_pen\\_proce\\_penal/razonojurid\\_pen /capituloIV.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/razonojurid_pen /capituloIV.pdf)

<sup>32</sup> Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 02 de diciembre de 1998, Exp. Nº 4233-97. LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel. Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario. Grijley. Lima. 1999. pág. 275.

## **B. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA**

**DÉCIMO SEXTO:** Para la resolución del caso concreto es necesario precisar la configuración del delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; en ese sentido, tenemos que el delito de asociación ilícita para delinquir tiene como presupuesto a una agrupación de personas vinculadas a través de una organización estable y más o menos duradera: jerárquicamente estructurada-, cuyas voluntades convergen para realizar colectivamente un programa criminal. Asimismo, se reitera que su configuración requiere que la agrupación tenga el objetivo determinado por la ley: cometer delitos. (Véase tal rozamiento en R.N. N° 1537-2013 f.j. 5.1, R.N. N° 999-2014 f.j. 5, entre otros)

**DECIMO SÉTIMO:** Como se advierte de lo señalado, una característica fundamental que determina la existencia del delito de asociación ilícita es el in u objeto de la organización, es decir, que funcione para la realización comisión- de actos intrínsecamente delictivos. Así, esta Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N°4-2006/CJ-1 1 6, fundamento jurídico N° 13 señaló que " ( ... ) sino de una organización instituida con fines delictivos ( ... ) ". Así, posteriormente esta Suprema Corte se ratificó señalando que, si bien no es necesario que la organización haya perpetrado actos ilícitos, sí se exige que la constitución de la organización haya tenido como fin la comisión de actos ilícitos. (Véase R.N. N° 1296-2007 f.j. 4).

## **VI.-ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

**DÉCIMO OCTAVO:** En el caso concreto, se puede advertir que los hechos imputados a la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado -véase fundamento jurídico primero de la presente ejecutoria-fueron subsumidos en dos delitos: el delito de estafa -artículo 196 del Código penal- en grado de tentativa-y el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; al respecto, en base a los hechos demostrados en juicio oral con las debidas garantías que la ley prevé, corresponde a este Supremo Tribunal considerando los fundamento jurídicos expuestos-resolver si en el caso concreto ha existido una correcta subsunción típica en los delitos señalados.

### **A. Del delito de estafa en el caso concreto**

**Engaño:** Se tribuye a la recurrente haber engañado al Alcalde de la Municipalidad de Vitor, al indicarle que se realizaría una inspección de la Contraloría de la República -ORC Arequipa.

**Error en la percepción de la realidad:** El alcalde de Vitor, Cuadros Treviño, creyó que se realizaría una inspección y auditoría de su Municipalidad, y que para evitarlo tendría que pagar la suma de \$ 45 000.00 dólares americanos

**Traslado patrimonial ilícito:** El agraviado se encontraba a punto de desembolsar parte de su patrimonio producto del engaño y de la percepción errada que tenía de la realidad; sin embargo, existió una intervención policial que lo frustró.

**Perjuicio económico:** No se llegó a realizar, pues se trataría de un delito de estafa en grado de tentativa.

**VIGESIMO.** - Si bien aparentemente los hechos imputados se subsumen en el tipo penal de estafa -grado tentativa-conviene detenernos y analizar la errada percepción de la realidad que se generó en el sujeto pasivo, y en virtud a la cual se llevaría a cabo el desprendimiento patrimonial. En ese entender, el sujeto pasivo -Cuadros Triveño-producto del engaño creyó que se realizaría una auditoría a cargo de la entidad correspondiente, Contraloría de la República -ORC Arequipa. Con el fin de evitar dicha inspección, que se encontraría conforme a Ley pues es competencia de la Contraloría realizar dichas auditorías, aceptó realizar una contraprestación dineraria, que sería perjudicial para éste, ya que su percepción de la realidad fue falsa.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** En base a lo señalado, respecto a la estafa de actos ilícitos, se puede afirmar que es justamente el supuesto del caso concreto.

El alcalde de la Municipalidad de Vitor aceptó de manera voluntaria realizar una disposición patrimonial a favor de la encausada Aizcorbe Delgado actual recurrente con el fin de que ésta evite la auditoría Municipal. Es decir, realizó un pago de contraprestación a que se evite

que una entidad del estado realice sus funciones conforme a Ley<sup>33</sup> en ese sentido se pretendió la ejecución de la denominada estafa de actos ilícitos.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** En ese entender, la conducta realizada por la recurrente resulta atípica; pues como se concluyó en apartados precedentes, la denominada estafa de actos ilícitos no amerita protección jurídica, al menos no bajo el supuesto típico de estafa. Ya que la disposición patrimonial que se ejerce -o en el supuesto concreto se iba a ejercer- obedece a una acción voluntaria intrínsecamente ilícita del sujeto pasivo, que expuso a su patrimonio a un riesgo no tutelado por la norma penal -ni civil, pues el objeto del negocio que se pretendía era ilícito-.

#### **B. El delito de asociación ilícita para delinquir -artículo 317 del CP**

**VIGÉSIMO TERCERO:** Una vez establecido que los hechos imputados a la t/recurrente no configuran el delito de estafa, pues su conducta resulta atípica, al incumbir en concreto contraprestaciones jurídicas no protegidas por el derecho por tener objeto o fines ilícitos; corresponde verificar si en el caso concreto se configura el delito de asociación ilícita.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Como se señaló el presente tipo penal se configura en principio con la presencia de dos o más sujetos (supuesto que se cumple en el caso concreto); asimismo, se precisa que no se requiere la ejecución de actos criminales, sino que basta la existencia de la organización constituida con un fin ilícito; es decir, con la idea común de concretar uno o más acciones criminales así en el caso concreto, debemos preguntarnos, si existió una organización, y si ésta tenía el fin de cometer delitos.

---

<sup>33</sup> La Contraloría General de la República es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. Supervisa, vigila y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado. Para realizar con eficiencia sus funciones, cuenta con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera. Específicamente el literal "b" del artículo 22 de la Ley N° 27785 señala "Ordenar que los órganos del Sistema realicen las acciones de control que a su juicio sean necesarios o ejercer en forma directa el control externo posterior sobre los actos de las entidades."

**VIGESIMO QUINTO:** De la revisión de autos se tiene que la sentencia recurrida en su fundamento jurídico N° 3.4. 9, referido al análisis de la asociación ilícita en el caso concreto, avala y se remite a lo señalado en la sentencia de primera instancia, la cual en su fundamento jurídico N° 10.15 señala textualmente que: " (...) lo que nuevamente corrobora la voluntad societaria de cometer delitos contra el patrimonio engañando a los agraviados sobre acciones efe control de la Contraloría en sus instituciones, e inducirlos a error para obtener un desprendimiento patrimonial a favor de sus integrantes." En ese sentido, si bien se ha determinado que los actos cometidos por la recurrente califican como estafa de actos ilícitos, y son acciones no tuteladas en nuestro ordenamiento; sin embargo **no se puede descartar la antijuricidad y culpabilidad de sus acciones, que tenían como fin obtener de forma ilícita dinero.**

**VIGÉSIMO SEXTO:** Esta Suprema Corte ha señalado en apartados precedentes que el artículo 317 del Código Penal es un tipo penal autónomo, donde basta la sola intención delictiva, que fomenta la organización y distribución de roles sin llegar a la ejecución- para configurarse. En ese sentido, como se puede apreciar, los indicios analizados en primera instancia -véase fundamento jurídico Décimo a fojas 49- arribaron a sostener la configuración de una organización criminal con el fin de realizar estafas a funcionarios de diversas municipalidades haciéndoles creer que se realizarían auditorías de sus gestiones, y exigir a cambio de evitarlas una contraprestación.

**VIGÉSIMO SÉTIMO:** Es decir, la finalidad delictiva a nivel de primera instancia, que fue avalada por la sentencia recurrida, era la comisión de los actos denominados por esta Suprema Corte como estafa de actos ilícitos. Estas acciones, pese a no configurar el delito de estafa, encierran en sí misma un fin · bien en el caso concreto no se configuró -por presiones del tipo penal de estafa puso configurarse en un futuro dado que la organización tenía como fin obtener dinero de forma ilícita de las diversas Municipalidades de Arequipa para lo cual contaba con toda una organización y roles definidos de sus participantes en ese sentido en el caso concreto se puede afirmar que sí se configuró el delito de asociación ilícita.



**VIGÉSIMO OCTAVO:** Por lo señalado, se puede afirmar que en el caso concreto se ha configurado la causal 3 del artículo 429 del CPP; pues como se señaló, existió una errónea interpretación del tipo penal del artículo 196 del Código penal; asimismo, respecto al análisis del mismo delito existió una falta de motivación de la Sala Penal Superior, en tanto omitió responder los argumentos esgrimidos por la defensa respecto a la ausencia de tipicidad de la estafa de actos ilícitos; configurándose también la causal 4 del artículo 429 del CPP. Sin embargo, como se argumentó precedentemente, en el caso concretó si se configura el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-; así, pese a la argumentación diferente dada por la Sala Superior, la resolución en dicho extremo es correcta.

## **VII. CASACIÓN DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE**

**VIGÉSIMO NOVENO:** En base a la facultad de casar de oficio de esta Corte Suprema conforme al inciso 1 del artículo 432 del CPP que literalmente señala: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso ( ... ) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.", se advierte como necesario desarrollar doctrina jurisprudencia vinculante, respecto a los posibles efectos que puede generar la sentencia casatoria en las partes vinculadas no recurrentes que se encuentren en la misma situación jurídica que la parte recurrente en casación.

**TRIGÉSIMO:** Para emitir al respecto una posición razonada y motivada conforme a derecho y los fines de la casación es necesario tener en consideración que:

Los fines últimos de la casación son el de Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelógico<sup>34</sup> 1°. El último de éstos hace referencia a la justicia en el caso concreto, teniendo un enfoque normativo integral respecto de los derechos humanos.

---

<sup>34</sup> Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, INPECCP-CENALES, Lima, Perú, 2015, pg. 709

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Asimismo, partiendo de un ámbito general de la teoría de la impugnación, debemos recordar que los recursos impugnativos -reposición, apelación, casación, y queja- tienen ciertos efectos jurídicos generales como el devolutivo, suspensivo, diferido y extensivo. Centrándonos en el último de estos, conforme la doctrina, consiste en ampliar los efectos jurídicos –positivos de una impugnación a la parte que no realizó el acto impugnativo, pero que se encuentra en situación idéntica de aquel que presenta la impugnación.<sup>35</sup>

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Siguiendo esa línea, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en su artículo 408 inciso del CPP la extensión de los recursos, señalando que: "Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales." (Resaltado nuestro) Cabe precisar, a modo de ejemplo, que un motivo o condición personal no extensible a los demás coimputados puede ser la edad de uno de los sujetos; si trata por ejemplo de una menor de edad, o un sujeto en calidad de responsabilidad restringida.

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408, inciso 1. del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dkelógico del recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria positiva-a aquellos coimputados que no recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso de la garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia.

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Por lo señalado, en el caso concreto, corresponde:

**Absolver por delito de estafa -grado tentativa-** a la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado, así como a sus coimputados Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco

---

<sup>35</sup> VESCOVI, Enrique, Los recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, Depalma Buenos Aires, 1988, p. 58.

Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela de la Torre Venegas. Asimismo, absolver a Marco Antonio Zuñiga Herrera como cómplice secundario del citado delito.

**Confirmar la condena por el delito de Asociación ilícita** impuesta en contra de la recurrente Helen Verónica Aizcorbe Delgado, y sus coimputados Dyana Liz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas.

## **VIII. DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

**TRIGÉSIMO QUINTO:** La determinación judicial de la pena debe realizarse conforme a sus fines, siendo importante resaltar que los fines de la pena, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia STC 00033-2007-PI-TC-, son dos: i) el fin preventivo especial -artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú-: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", y, ii) el fin preventivo general - artículo 44, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú-: Son deberes primordiales del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad ( ... ) ". Considerando en el caso concreto la necesidad de imponer una pena proporcional al daño concretamente causado, buscando un equilibrio entre el fin preventivo especial y general corresponde confirmar la pena impuesta a:

- i) A Helen Verónica Aizcorbe Delgado de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 29 de octubre del año 2017.
- j) A Dyana Liz Díaz Cruz de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 29 de octubre del año 2017.
- k) Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita artículo 317 del Código Penal-, la misma que se empezará a computar desde la fecha de su captura.
- l) A Katy Pamela de la Torre Venegas, de 5 años de pena privativa de libertad efectiva por el delito de asociación ilícita -artículo 317 del Código Penal-, la misma que con el descuento de carcelería que ha venido cumpliendo vencerá el 20 de mayo del año 2018.

#### **IV. DECISIÓN:**

##### **Por estos fundamentos declararon:**

- IX. **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por Helen Verónica Aizcorbe Delgado contra la sentencia de vista del veintinueve de diciembre del dos mil catorce, por las causales 3 y 4 del artículo 429 del código Procesal Penal.
- X. **CASARON** la sentencia del veintinueve de diciembre de dos mil catorce que resolvió: "Confirmar la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pomelo De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa -grado tentativa-, y asimismo autores del delito de Asociación ilícita para delinquir. Así como confirmó declarar cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa -grado tentativa. y, actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo REVOCARON la sentencia del 13 de junio de 2014 en el extremo que declaró a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas coautores del delito de Estafa. Así como en el extremo que declaró cómplice secundario a Marco Antonio Zuñiga Herrera por el citado delito. Y, **REFORMÁNDO DECIDIERON:**

**ABSOLVER** a Helen Verónica Aizcorbe Delgado (recurrente), Dyana Liz Diaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katy Pamela De La Torre Venegas como coautores del delito contra el patrimonio en su \ modalidad de Estafa. Asimismo; se absolvió a Marco Antonio Zuñiga Herrera, de la imputación de cómplice secundario por el citado.

**DISPUSIERON** que se archive el proceso definitivamente en lo que a este extremo se refiere, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales correspondientes.

**CONFIRMAR** la condena impuesta a Helen Verónica Aizcorbe Delgado, Dyana Liz Díaz Cruz, Elder Marco Antonio Llerena Pancorbo, y Katty Pamela De La Torre Venegas por delito contra la tranquilidad pública, en su modalidad de asociación ilícita para delinquir -artículo 31 7 del Código Penal-

**.Y, CONFIRMAR** el extremo de la pena impuesta de 5 años de pena privativa de libertad, por el citado delito.

XI. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencia vinculante, los fundamentos jurídicos VIGÉSIMO NOVENO A TRIGÉSIMO TERCERO de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia precisa al efecto extensivo del recurso de casación.

XII. **ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber. Interviene el señora Juez Supremo Chávez Mella, por goce vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHAVEZ MELLA

JPP/jcd.

## ANEXO 5

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

## TÍTULO

**Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito Judicial de Arequipa – Lima. 2019**

	<b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN</b>
<b>GENERAL</b>	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito Judicial de Arequipa – Lima 2019?	Establecer la forma en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 421-2015 AREQUIPA del Distrito de Arequipa – Lima. 2019
<b>ESPECÍFICOS</b>	<b>Subproblemas de investigación /problemas específicos</b> (No se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis -informe solo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos)	<b>Objetivos específicos</b> (Son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>
	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta los conflictos normativos, en función de las antinomias?	Establecer la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta los conflictos normativos, en función de las antinomias.
	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la colisión de principios, en función de la ponderación?	Establecer la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la colisión de principios, en función de la ponderación.
	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>
	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la interpretación en función de sujetos, resultados y medios?	Establecer las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación, en función de sujetos, resultados, y medios.
¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas en la	Establecer las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la	

	incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la integración, en función de la auto integración y hetero integración?	integración, en función de la auto integración y hetero integración.
	¿De qué forma las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la argumentación, en función de las cuestiones de interpretación, vicios de la argumentación jurídica y los métodos de la argumentación?	Establecer las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación jurídica, en función de las cuestiones de interpretación, vicios de la argumentación jurídica y los métodos de la argumentación.

## ANEXO 6

### INSTRUMENTO DE RECOJO DE DATOS

#### (LISTA DE COTEJO)

#### 1. INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

##### **Antinomias:**

**1. Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones provenientes de fuentes de tipo diferente, teniendo en cuenta el principio jerárquico.** (Basado en que la norma superior se aplica respecto a la inferior)

**2. Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones, teniendo en cuenta el criterio de especialidad y temporalidad o cronológico.** (Basado en tomar en cuenta la norma más específica o de competencia o la más reciente en el tiempo; es decir, la norma posterior abroga a la precedente)

**3. Los razonamientos evidencian la selección de disposiciones, teniendo en cuenta criterios adicionales a las tradicionales.** (Basado en tomar en cuenta la norma basado en justificaciones interpretativas, argumentativas, criterios derogativos y análisis normativos o lógica deóntica)

**4. Los razonamientos evidencian que las disposiciones seleccionada (constitucional y legal), 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. Establece las causales adjetivas para la selección de disposiciones.** (Basadas en el Artículo 429° del Código Procesal Penal, las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de Establecer qué principio o derecho se vulneró)

**Colisión de principios:**

**1. Los razonamientos evidencian la colisión normativa en las disposiciones seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema.**

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

**3. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)

**4. Las disposiciones seleccionadas evidencian el subcriterio del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.** (El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)

## **2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN**

### **Interpretación:**

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

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

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

**4. Establece los criterios de interpretación constitucional de disposiciones seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender la constitucionalidad en todo sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.** (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)

### **Integración:**

**1. Establece la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema.** (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)

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

**3. Establece los argumentos con relación a la creación de disposiciones por integración.**

(Basado en el uso de la Costumbre, jurisprudencia y equidad)

**Argumentación:**

**1. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones de interpretación de enunciados normativos para resolver el caso** (Problemas de interpretación).

**2. Establece si la argumentación jurídica se refiere a cuestiones probatorias para resolver el caso** (Problemas de valoración de pruebas)

**3. Establece la presencia de vicios en la argumentación en la solución del caso.** (a) Falta de razones; b) Razones irrelevantes; c) Razones defectuosas; d) Suposiciones no garantizadas; e) Ambigüedades).

**4. Establece el uso de la teoría del discurso jurídico como método de la de argumentación jurídica.** (Uso del discurso jurídico)

**5. Establece el uso de la teoría de Manuel Atienza como método de la argumentación jurídica.** (Uso de la propuesta de Atienza).