



**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE**

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

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTERVIENEN
RESPECTO A INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS
CONSTITUCIONALES Y LEGALES, REFERENTES AL
DERECHO-LIBERTAD SEXUAL Y VIOLACIÓN SEXUAL A
MENOR, PROVENIENTES DE LA SENTENCIA CASATORIA N°
309-2012-CUSCO EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DEL
DISTRITO JUDICIAL DE LIMA - LIMA, 2016.**

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

AUTOR:

ABOG. ALEXANDER JOSE ALTAMIRANO ECHEVARRIA

ASESORA:

DRA. WILMA YECELIA LIVIA ROBALINO

LIMA- PERÚ

2016

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. María Teresa Meléndez Lázaro
Presidente

Mgtr. Fernando Valderrama Laguna
Secretario

Mgtr. Rosmery Marielena Orellana Vicuña
Miembro

AGRADECIMIENTO

A mis profesores:

Por ser parte de mi formación,
por las exigencias, impartidas
dentro de las cátedras
universitarias y esos sabios
consejos.

A mis compañeros de estudio:

Por ser parte de mí aventura en esta vida
universitaria y a la vez por brindarme su
confianza y aprecio y el respeto ganado de
cada uno de mis compañeros.

Alexander José Altamirano Echevarría

DEDICATORIA

A mis Padres:

Que fueron el motor y apoyo permanente, siendo ellos motivo para lograr mis sueños, especialmente a la memoria de mi padre, por siempre mi corazón y mi agradecimiento.

A mis hijos y hermanos:

Por su presencia y compañía, pilares fundamentales para para alcanzar mi futuro profesional.

Alexander José Altamirano Echevarría

RESUMEN

La tesis tuvo como objetivo general, determinar la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre Violación de la Libertad Sexual en Menor de edad, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes a la sentencia casatoria N° 309-CUSCO emitidas por la corte suprema, del Distrito Judicial de Lima-Lima, 2016. Es de tipo cuantitativo cualitativo, nivel exploratorio descriptivo y diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La recolección de datos se realizó, de un expediente seleccionado mediante muestreo por conveniencia, utilizando las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Finalmente, vemos la importancia en el cual los Tribunales Supremos de Casación se centran en examinar los vicios in iudicando, in iure y in procedendo para desplegar su labor en forma efectiva.

Palabras clave: Delito contra la libertad, motivación, sentencia, violación.

ABSTRACT

The thesis had as general aim, determine the quality of the judgments of the first and second instance on Violation of the Sexual Freedom in Minor, according to the normative, doctrinaire and jurisprudential pertinent parameters to the judgment casatoria N ° 309-CUSCO issued by the supreme court, of the Judicial District of Lima-Lima.2016. It is of type, quantitatively qualitatively; exploratory descriptive level; and not experimental design; retrospective, and transverse. The compilation of information was realized, of a process selected by means of sampling by convenience, using the technologies of the observation, and the analysis of content, and a list of check, validated by means of experts' judgment. Finally, we see the importance in which the Supreme Courts of Cassation focus on examining the vices in iudicando, in iure and iun procendo to effectively deploy their work.

Keywords: crime against freedom, motivation, judgment and rape. Key words: Crime against the libertad, motivation, judgment, Violation

CONTENIDO

	Pág.
Carátula	i
Hoja de firma de Jurado evaluador	ii
Agradecimiento	iii
Dedicatoria	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Contenido	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL	10
2.1. Bases teóricas	10
2.1.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho	10
2.1.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho	10
2.1.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho.....	10
2.1.2 La Teoría de la Argumentación Jurídica...	11
2.1.2.1. Necesidad de Justificación en el Derecho.	11
2.1.2.2. Argumentación que estudia la TAJ..	12
2.1.2.3. Teorías de la Argumentación Jurídica..	13
2.1.2.4. La utilidad de la TAJ	14
2.1.2.5. Los argumentos de integración jurídica.	15
2.1.2.6. Definición de integración jurídica.....	15
2.1.2.7. Argumentos de integración jurídica	15
2.1.2.7.1. El argumento a pari.	15
2.1.2.7.2. El argumento ab minoris ad maius.....	17
2.1.2.7.3. El argumento a fortiori	18
2.1.2.7.4. El argumento a contrario	19
2.1.3. Problemas Interpretativos de la Actividad Judicial	20
2.1.3.1. Definiciones de Interpretación.	20
2.1.3.2. Carácter discrecional de Interpretación	20

2.1.3.3. Teoría Objetiva y Subjetiva de la Interpretación.	21
2.1.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa	22
2.1.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrina... ..	24
2.1.3.6. La Interpretación y sus métodos	26
2.1.3.7. La prohibición de analogía in malam partem	27
2.1.3.7.1. Definición; función y clase	27
2.1.3.7.2. Requisitos.....	29
2.1.3.7.2.1. La identidad de la razón.....	32
2.1.3.8. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.....	33
2.1.3.9. La analogía en el Derecho Penal	36
2.1.3.9.1. Carácter de la prohibición de analogía	36
2.1.3.9.2. Alcances de la analogía in bonam partem... ..	37
2.1.3.9.3. Delimitación de la analogía in malam partem	38
2.1.3.10. Analogía e Interpretación en el Derecho Penal	40
2.1.4. Problemas Interpretativos	42
2.1.4.1. Problemas del contexto lingüístico	42
2.1.4.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional	44
2.1.4.3. Casos Fáciles y casos difíciles	48
2.1.5. Cuestión de Principios	51
2.1.5.1. Distinción entre reglas y principios	51
2.1.5.2. Reglas como normas cerradas y principios como normas abiertas	55
2.1.5.3. Reglas y Principios como razones para la acción	55
2.1.5.4. Juicio de ponderación	56
2.1.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación	56
2.1.5.4.2. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad)	58
2.1.5.4.3. Ponderación y subsunción	59
2.1.5.4.4. Control Difuso e Interpretación Constitucional	60
2.1.6. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales	61
2.1.6.1. Definición de Derecho Fundamentales	62
2.1.6.2. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho	62
2.1.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho	63
2.1.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial	65

2.1.6.4.1. Dificultades epistemológicas	66
2.1.6.4.2. Dificultades lógicas	69
2.1.6.5. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio... ..	71
2.1.7 Antinomias	72
2.1.7.1 Definiciones	72
2.1.7.2. Antinomias en los razonamientos judiciales	72
2.1.7.3. Las Antinomias como incompatibilidad normativa.....	72
2.1.7.4. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre norma.....	73
2.1.7.5. Las Antinomias como incompatibilidades no lógicas	80
2.1.7.6 Verificación de los conflictos normativos(antinomia interpretación)	82
2.1.7.7. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomia.....	85
2.1.8. El derecho a la debida motivación.	89
2.1.8.1. Importancia de la debida motivación.	89
2.1.8.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces	90
2.1.9. La Sentencia Casatoria Penal.	93
2.1.9.1. Definiciones.	93
2.1.9.2. La casación penal en algunas legislaciones extranjeras	95
2.1.9.3. Causales para la interposición de recurso de casación.....	97
2.1.9.3.1. Infracción de preceptos Constitucionales.	98
2.1.9.3.2 Infracción de normas sustanciales... ..	100
2.1.9.3.3. Infracción de normas procesales.. ..	101
2.1.9.3.4. Infracción a la logicidad de la sentencia.	100
2.1.9.3.5. Apartamiento de la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Suprema	102
2.1.9.3.6. Causales según caso en estudio.	103
2.1.9.3.7. Características de la Casación	103
2.1.9.4. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano.....	107
2.1.9.5. Fines del recurso de casación penal	117
2.1.9.6. Clases de Casación.	125
2.1.9.7. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación	128
2.1.9.8. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación.	129
2.2. Marco Conceptual.	133

2.3. Hipótesis	134
III. METODOLOGÍA	135
3.1 El tipo y nivel de la investigación	135
3.2. Diseño de la investigación	136
3.3. El universo, la población y la muestra.....	136
3.4 Definición y Operacionalización de las variables y los indicadores	137
3.5. Técnicas e instrumentos	137
3.6 Objeto de estudio.....	137
3.7. Fuente de Recolección de Datos.	138
3.8 Procedimiento de recolección de datos y plan de análisis de datos.....	138
3.9. Consideraciones Éticas.....	138
3.10. Rigor Científico.....	139
3.11 Diseño de Matriz de consistencia.....	140
IV. RESULTADOS	142
4.1 Resultados	142
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	145
5.1 Aspectos complementarios	145
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146
ANEXOS 1: Sentencia Casatoria de la Corte Suprema	148

I. INTRODUCCIÓN

La formulación de la tesis, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Promoción y Difusión de la Investigación (RPDI) – Versión 005 (ULADECH, 2014), y la ejecución de la línea de investigación (LI) existente en cada Escuela de Posgrado. Por esta razón, el referente del informe individual, es la línea de investigación, que en la Escuela de Posgrado de Derecho se denomina “Técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes a Derechos Fundamentales e Instituciones del Derecho provenientes de las sentencias emitidas por los Órganos Supremos del Poder Judicial 2015” (ULADECH, 2015), cuya base documental son expedientes judiciales pertenecientes a todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial peruano.

Como puede observarse el título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedará satisfecho con el análisis de sentencia casatoria pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la técnica de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras, que el segundo, propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia casatoria debidamente motivada, por tal motivo del propio RPDI se desprende el meta análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la presente línea de investigación; que estará a cargo de la Escuela de Posgrado de Derecho, proveniente de los resultados de las investigaciones individuales alcanzados por los estudiantes de maestría, teniendo a cargo a los docentes investigadores de las asignaturas de tesis.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia casatoria N° 309-CUSCO Declararon. **FUNDADO** el recurso de casación por indebida aplicación de la norma penal; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista del veintitrés de mayo de dos mil doce.

III. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia del veintidós de diciembre de dos mil once -fojas treinta y cinco-, en el extremo que condenó a J.Ch.Q como autor del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual, tipificado en el numeral tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, con la agravante contenida en el último párrafo del mismo dispositivo legal, en agravio de la menor de iniciales S.S.Q., a treinta años de pena privativa de la libertad; reformándola: **CONDENARON** a J.Ch.Q. como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual, tipificado en el segundo numeral, segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor antes referida, imponiéndole **DIECIOCHO AÑOS** de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintitrés de junio de dos mil once, vencerá el veintitrés de junio de dos mil veintinueve. **IV. ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

Por ello se comparte lo expuesto por Bidart (citado por Pérez, 2013) “Todo Estado tiene necesariamente un derecho fundamental y básico de organización, un

Derecho que lo ordena, que lo informa, que le da estructura, que le confiere su singular modo de existencia política. Ese Derecho es el derecho Constitucional, es la Constitución del Estado”.

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

Puesto que en todo Estado Constitucional de Derecho o democrático de Derecho, la tendencia es permitir e incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos de propiedad y del ocupante precario, significa que el Juez Ordinario (poder judicial) deben resolver los conflictos teniendo en cuenta la interpretación que más garantía brinde derechos, o mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad y el derecho; y que en caso de darse colisión entre derechos el Juez cuenta con el mecanismo procesal de la ponderación como alternativa a la subsunción del caso a la norma jurídica Sin embargo, pese a que los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente seguridad jurídica para los justiciables; el Juez ordinario a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho; sin embargo en los jueces o tribunales constitucionales no es así, puesto que ellos encuentran la comprensión del texto constitucional, lo cual permite que sean creadores del Derecho,

evidenciándose de esta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia casatoria es de integrar e interpretar adecuadamente tanto normas constitucionales y normas legales para un caso concreto, a fin de dar cumplimiento a su función primordial.

Debido a la transformación de Estado legal de Derecho en estado Constitucional del Derecho, se produce el desplazamiento de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución viniendo hacer actualmente el Estado Constitucional de Derecho la perfección del Ordenamiento Jurídico basado en la dignidad de la persona humana y en la defensa de los Derechos Fundamentales.

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

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

Puesto que en todo Estado Constitucional de Derecho o democrático de

Derecho, la tendencia es permitir e incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos de propiedad y del ocupante precario, significa que el Juez Ordinario (poder judicial) deben resolver los conflictos teniendo en cuenta la interpretación que más garantía brinde derechos, o mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad y el derecho; y que en caso de darse colisión entre derechos el Juez cuenta con el mecanismo procesal de la ponderación como alternativa a la subsunción del caso a la norma jurídica.

Sin embargo, pese a que los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente seguridad jurídica para los justiciables; el Juez ordinario a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho; sin embargo en los jueces o tribunales constitucionales no es así, puesto que ellos encuentran la comprensión del texto constitucional, lo cual permite que sean creadores del Derecho, evidenciándose de esta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia casatoria es de integrar e interpretar adecuadamente tanto normas constitucionales y normas legales para un caso concreto, a fin de dar cumplimiento a su función primordial. En base a ello, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto

de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez si se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación. En atención a lo expuesto, en una sentencia casatoria emitida por la Corte Suprema, en materia penal, implicará la utilización de una interpretación que sea acorde al conocimiento supremo que tiene operadores, utilizando el un razonamiento jurídico según la causal sustantiva o adjetiva que se presente en el caso, o de lo contrario, se deberá interpretar el error *in iudicando* o error *in procedendo* en las sentencias precedentes.

En el caso concreto se formuló el siguiente enunciado.

¿Cuáles son las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al derecho a la libertad sexual y Violación Sexual a menor de edad, provenientes de la Sentencia Casatoria N° 309-2012 CUSCO emitida por la Corte Suprema, del Distrito judicial de Lima – Lima, 2016?

El Objetivo general de la investigación fue:

Determinar las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes a la- libertad sexual y Violación Sexual a menor de edad, provenientes de la Sentencia Casatoria N° 309-2012-CUSCO emitida por la Corte Suprema, del Distrito judicial de Lima – Lima, 2016.

Nos planteamos los siguientes objetivos específicos

1. Determinarla selección de normas constitucionales y legales, provenientes de las causales sustantivas y causales adjetivas.

2. Determinar la fiabilidad de normas constitucionales y legales, empleando el razonamiento judicial.
3. Determinar la existencia del error *in iudicando* o error *in procedendo* en las sentencias precedentes.
4. Determinar la interpretación del derecho como argumentación jurídica empleando las técnicas de interpretación.

La presente tesis surgió de la problemática en la realidad social peruana, la incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes al Derecho a la Libertad Sexual; en donde se evidencia que las sentencias casatoria que emiten las Cortes Supremas, sentencias que carecen de utilización de las técnicas de interpretación, en las cuales se reflejan la falta de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales. En ese sentido es importante el estudio correspondiente a las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales.

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

Es entonces, que la investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que toda sentencia casatoria deben contar con un razonamiento judicial al

momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las normas constitucionales y legales. Finalmente, la investigación contiene un valor metodológico, el que se evidenciará a través del procedimiento de recolección de datos, por medio del expediente judicial, el que goza de confiabilidad y credibilidad, el cual hará posible analizar la calidad de la sentencia emitidas por nuestros Jueces y de esta forma resolver las interrogantes establecidas en nuestro enunciado. Jurídico, así se encargaba de revisar si las normas debían cumplirse o no. Pero en cambio sobre los principios no puede predeterminar cuáles deben cumplirse sobre otros. Si la casación busca la exacta observancia de la ley, encuentra dificultad en los principios, puesto que en la legislación no se pueden establecer (en abstracto) qué principios deben primar sobre otros. La casación no puede pregonar la exacta observancia de principios ya que la determinación del peso de los principios se determinará en cada caso concreto a la luz del razonamiento práctico de los hechos. La casación clásica buscaba la exacta observancia de la literalidad de la ley, sin embargo debemos apreciar que, de las modernas formas de interpretación, podemos hacer la distinción entre la disposición normativa (texto) y el contenido normativo (significado). Luego de todo lo dicho, la configuración del nuevo Estado Constitucional ecuatoriano nos dará una pauta de cuál será la ubicación de la casación. Para lo cual cito las palabras de la Corte Constitucional del Ecuador: Si tomamos en serio estas palabras, debemos asumir que el Ecuador apuesta por una justicia más material, sin que las formalidades puedan sacrificarla. La casación es una institución eminente formal, por lo que debe reconfigurarse en el marco del Estado Constitucional. Así podemos decir que esta institución debe cumplir una función de protección de derechos fundamentales, sin

embargo su esencia no le permite hacerlo, por lo que mi propuesta es la eliminación de la casación. Se debe eliminar la casación porque es una institución que somete al Poder Judicial bajo el poder de la Legislatura, porque no es capaz de asumir un razonamiento no monotónico y porque es una tercera instancia que no cumple con el fin de justicia. En cambio propongo dos cosas. La primera es que debe haber salas o instancias judiciales, descentralizados en todo el territorio del país (que cumplan con un verdadero acceso a la justicia), para que resuelvan las acciones extraordinarias de protección (amparo contra decisiones judiciales) y así reparar la violación de derechos constitucionales cometidos en la actuación judicial. Lo segundo es que la Corte Nacional se conforme como una auténtica Corte de Precedentes, con el único fin de uniformizar la jurisprudencia. Para ello deberá tener una amplia discrecionalidad para escoger casos para su resolución.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 Bases teóricas relacionadas con el estudio.

2.1.1. El papel del juez en el estado de derecho.

2.1.1.1. *El poder judicial en el estado legislativo.*

Al respecto, Weber (citado por Gascón y 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 pre constituido, 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” (p. 15-16).

2.1.1.2. *El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho.*

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

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

parámetro de validez (p. 21). Al respecto, Frioravanti (citado por Gascón y García, 2003) sostiene: Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo americano, que a diferencia del europeo, que no superó el “imperio de la ley” y donde, por tanto, las Constituciones fueron simples cartas políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución (p. 22).

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

2.1.2. La teoría de la argumentación jurídica.

2.1.2.1. Necesidad de justificación en el derecho.

Gascón y García (2003) indicando La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿Qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho. Es natural, pues, que los juristas hayan tratado de comprender cómo argumentan y cómo deberían hacerlo. La disciplina que se ocupa de esclarecer estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica (pp. 43-44).

Al respecto Atienza (2015), manifiesta que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. Sin embargo, muy pocos juristas han leído alguna vez un libro sobre la materia y seguramente muchos ignoran por completo que exista algo así como una teoría de la argumentación jurídica. La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tiene lugar en contextos jurídicos. En principio, pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones.

a.- es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa.

b.- se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea una actividad que llevan a cabo jueces en casos, bien sea una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares

c.- la dogmática jurídica es desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones:

1.- suministrar criterios para la producción de derecho en las diversas instancias en que ello tienen lugar.

2.- suministrar criterios para la aplicación del derecho.

3.- ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

2.1.2.2. Argumentación que estudia la TAJ.

Al respecto Gascón y García (2003) sostienen: La TAJ se orienta al estudio de

la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones. En primer lugar, debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento. En segundo lugar; la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: en la creación del Derecho por parte del legislador, en su aplicación por parte de los jueces, en la doctrina jurídica, en los medios de comunicación social, etc. La TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces. Posteriormente delimitaré con algo más de precisión el campo de la TAJ (pp. 52-53).

2.1.2.3. Teorías de la argumentación jurídica.

Según Gascón y García (2003):

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere algunas precisiones. En primer lugar, la TAJ es básicamente teoría, no práctica. Con esto no se pretende afirmar que no tenga nada que ver con la práctica de los abogados y los jueces. Muy al contrario, la práctica del Derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio. Pero precisamente por esta razón, son *discursos* distintos, *lenguajes* distintos, que operan en *niveles* distintos. La TAJ describe la práctica del Derecho y a veces prescribe cómo debería ser la práctica del Derecho; pero, en todo caso, constituye algo diverso de la propia práctica del Derecho. En otras palabras, la TAJ representa un

metalenguaje (cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los jurista) que dispone de sus propios instrumentos y categorías, todos ellos diferentes en muchos casos de los que se emplean en el tráfico jurídico ordinario. La TAJ es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa

a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuantos fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.

b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como se ha anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.

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

2.1.2.4. La utilidad de la TAJ.

Al respecto Gascón y García (2003) sostienen:

La TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión prácticas algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve

normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí solo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica (p. 54).

2.1.2.5. *Los argumentos de integración jurídica.*

2.1.2.6 *Definición de integración jurídica.*

Rubio Correa (2012) sostiene:

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

Rosas (2015) manifiesta que la integración jurídica debe de la interpretación jurídica debido a que se produce cuando no existe normas jurídicas aplicable, se considera que debe tener una respuesta jurídica al caso concreto (p. 339).

2.1.2.7. *Argumentos de integración jurídica.*

2.1.2.7.1 *El argumento a pari.*

Siguiendo al mismo autor: El argumento *a pari* sostiene que “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”. Su último fundamento es la equidad en el tratamiento jurídico de las personas y sus situaciones, lo que, a su vez, se funda en la igualdad ante la ley: si en una determinada circunstancia el derecho establece una consecuencia, en otra sustantivamente similar pero que no tiene norma jurídica

aplicable, es procedente aplicar la misma consecuencia. Si no se hace tal cosa se estará tratando desigualmente a los que son sustantivamente similares o a las personas en circunstancias que también son semejantes para ellas (pp. 134-135). Un ejemplo jurisprudencial de argumento *a pari* es el siguiente:

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j del artículo 89, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, al procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe el levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

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

Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia interrogativa del ordenamiento, también denominada sentencia “*rima obbligata*” (de rima obligada) (Crisagulli, V. La sentenze “interpretative” della Corte costituzionale. En: Riv. Trim. Dir e proc civ., 1967), y, en ese sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para probar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios

enumerados en el artículo 99 de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16 del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que se debe darse al inciso k del artículo 89 del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara ha lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación de la referida Comisión.” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 1° de diciembre de 2003 en el Exp. 0006-2003-AI-TC sobre acción de inconstitucional interpuesta por 65 Congresista de la República contra el inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República).

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

2.1.2.7.2. El argumento ab minoris ad maius.

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

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

El argumento ab maioris ad minus

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

2.1.2.7.3. *El argumento a fortiori.*

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

Manifiesta Tarello (2013), el argumento a fortiori, es el argumento por el

cual, dada una norma jurídica que predica una obligación u otra cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos se debe concluir que valga (que sea válida, que exista). Una diversa norma que predique la misma cualificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentren en situación de tal de merecer, a mayor razón que los primeros, la cualificación que la norma en cuestión ellos acuerda (p.321).

2.1.2.7.4 *El argumento a contrario.*

El argumento a contrario en invertir el significado de una norma que no sea una doble negación. La forma de hacerlo consiste en introducir dos negaciones en el contenido lógico de la norma existente. Para utilizar correctamente al argumento es importante utilizar las normas bajo forma de su expresión lógica (proposición implicativa con supuesto y consecuencia si se trata de una de estas normas), usar el verbo en voz activa para identificar correctamente al sujeto y expresarse bajo la forma sujeto-verbo-complemento. Cuando una norma en doble negación es convertida a afirmación no se está utilizando el argumento *a contrario* sino el método literal.

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

Según Tarello (2013), el argumento contrario es aquel por el cual, cada una norma que predica una cualificación normativa cualquiera (por ejemplo un poder una obligación, un status) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de otra norma expresa se debe excluir que valga una diversa norma que predique esa misma cualificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos (p. 313).

2.1.3. Problemas interpretativos de la actividad judicial.

2.1.3.1. Definiciones de interpretación.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Interpretar es para el derecho: “comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido”. La interpretación no supone una valoración subjetiva del juez, sino una comprensión de las pautas valorativas fijadas en la ley que tienen una naturaleza eminentemente objetiva. La interpretación jurídica reviste particularidades y cuenta con problemas distintos según el sistema jurídico a los que se refiera y al tipo de normas que se pretenda interpretar. Aquí ejerce también una influencia decisiva las clases de lenguaje legal existentes (pp. 11-13).

Según Tarello (2013), Interpretar en el uso moderno de atribuir el significado a un ente al que corresponde una atribución de significado, ha conservado viejas especializaciones jurídicas y ha adquirido nuevas, tales especializaciones han actuado y actúan una sobre la otra, tanto que la interpretación en la experiencia jurídica podríamos llamarla interpretación en el derecho. De la interpretación en el Derecho han de considerarse principalmente los dos tipos que corresponden a las locuciones; Interpretación en el Derecho e interpretación de la Ley (p. 35).

2.1.3.2 Carácter discrecional de interpretación.

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

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

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

2.1.3.3. Teoría objetiva y subjetiva de la interpretación

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Dentro de la teoría tradicional de la interpretación se levanta una larga polémica respecto a si se debe dar preferencia a la voluntad de la ley [mens legislatio] o se debe reparar a favor del sentido objetivo del texto. En algunos casos se considera que esta polémica no podrá ser jamás solucionada en forma definitiva, debiéndose tomar decisiones de acuerdo a los tiempos, además de recordar que dicha discusión encierra cierto bizantinismo.

A favor de la teoría subjetiva se apunta la necesidad de valorar la finalidad que tuvo el legislador histórico cuando expidió el precepto, que siempre cumple con una misión de regular una circunstancia histórica o resolver un conflicto social. Toda ley y su respectiva interpretación debe respetar el propósito y la finalidad que tuvo el legislador para decretar la vigencia de una disposición. Se habla aquí de un argumento fundado en los motivos. La ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es

hecha por hombres y para los hombres y es una voluntad que busca lograr un orden justo. Detrás de ella hay valoraciones, empeños y sobretodo un propósito regulador.

Por lo tanto, para la teoría subjetiva la interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y las decisiones valorativas inherentes a la regulación legal; de otro modo más que de interpretación se debería hablar de intromisión (p. 32).

Sin embargo actualmente existe una mayoritaria posición doctrinal que coincide en dotar de un lugar preferencial a la teoría objetiva de la interpretación en base a las profundas limitaciones que se imputan a la teoría subjetiva (p. 33). La teoría objetiva permite considerar al derecho como parte integrante de la cultura, interpretándolo de tal manera que pueda cumplir con las tareas sociales, económicas y éticas de nuestro tiempo. (...) Como apunta Soler: “no basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a ley, para que esta efectivamente lo diga”. Las intenciones del legislador suelen ser muy estrechas y reducidas respecto a la amplitud del precepto y del lenguaje que se utiliza, por lo que mediante los postulados de la teoría subjetiva se estaría obligando al intérprete de manera implícita a reducir la amplia cobertura del precepto, sometiéndolo a los fines del legislador. Asimismo, respetar su sola voluntad implicaría concebir la interpretación como dependiente de los factores coyunturales que suelen ocurrir cuando se expide una ley, embalsamando e inmovilizando su sentido para siempre (pp. 36-37).

2.1.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

Vinculada a la problemática de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación se encuentra la larga, y a nuestro criterio la polémica, respecto a los

resultados de la interpretación según se administre tradicionalmente, puede ser: declarativa, restrictiva o extensiva, y que se reúne bajo la rotulación genérica de interpretación correctora. Dicha posición parte, del principio de la experiencia que la ley dice en ocasiones más de lo que quiso decir o, a la inversa, dice, menos de lo que se pretendió. La Interpretación extensiva abriría el camino para llenar los vacíos de legislación, la estricta para aplicar la ley a los casos o comprendidos en su tenor literal y la restrictiva para limitar su literal (p. 42).

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

Gascon (2012), indica que consiste en atribuir a una disposición un significado más restringido que el atribuido por el uso común de manera que excluye supuestos que, según el *communis usus loquendi*, quedarían comprendidos (p.104).

Según Tarello, no logran producir verdaderas clarificaciones ni tornar oportunas estas locuciones a ello se le agrega el hecho de que estas locuciones son usadas no infrecuentemente, solo por los operadores doctrinarios si no también en sede motivación, por ejemplo por órganos de aplicación de Derecho.

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

libertad (pp. 42-43).

Para Gascón (2012), consiste en atribuir a una disposición un significado más amplio que su significado común, de manera que cubre supuestos que, según la interpretación literal quedarían afuera (p. 104).

C. Interpretación declarativa. Consiste en atribuir a una disposición su significado “literal” ; o sea, el más inmediato, tal y como se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas (p.104).

Refiere Tarello (2013), desde el tiempo de los comentaristas la interpretación declarativa era contrapuesta a otros dos resultados de la actividad del intérprete, respectivamente designados como *interpretatio restrictiva* e *interpretatio extensiva*. En ocasiones estos dos modos de cualificar la interpretación respecto a su resultado eran reagrupados dentro de un género comprensivo, llamado interpretación correctiva, *interpretatio correctiva* (p. 58).

2.1.3.5 Interpretación auténtica, judicial y doctrinal.

Al respecto de Gaceta Jurídica (2004), sostiene que la doctrina, impulsada muchas veces más por razones pedagógicas que por una verdadera importancia práctica, distingue la interpretación según el autor o el sujeto que lo formule, diferenciando para ello entre una interpretación auténtica, interpretación judicial e interpretación doctrinal (pp. 47-48). Siguiendo al mismo autor:

A. Interpretación autentica

Es aquella que realiza el mismo órgano sujeto que expidió de la norma jurídica, mediante la emisión de otro precepto de igual jerarquía. Puede ser realizada por el mismo órgano competente para regular la materia del precepto [legislativo, ejecutivo y judicial], o la misma parte legitimada para regular la declaración preceptiva

[negocio jurídico, tratado acto administrativo]. No es indispensable que se formule por las primeras personas o individuos en caso se trate de órganos o poderes públicos, pues lo obliga y adquiere fuerza vinculante no es quién lo emitió, sino la función o rol político-jurídico que desempeños (p. 48).

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

B. Interpretación judicial

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

C. Interpretación Doctrinal

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

Esta interpretación no tiene la obligatoriedad de la interpretación auténtica o

judicial, pro cumple la función de desarrollar el Derecho imprimiéndole una lógica y coherencia interna necesaria, dotándole para ello de una sólida nacionalidad y una base científica amplia. Tiende a ser más flexible que la judicial; y también más sistemática, general y unitaria (pp. 54-55).

2.1.3.6 La Interpretación y sus métodos.

Al respecto, Gaceta Jurídica (2004) sostiene:

Los métodos de interpretación son los procedimientos que se emplean para comprender el sentido de las normas jurídicas.; de tal manera que para determinar el sentido de un texto legal puede acudir a más de un método de interpretación, el cual puede ser histórico, gramatical, sistemático o teleológico. Los criterios de interpretación no se excluyen entre sí, ya que pueden aplicarse simultáneamente, siendo recompensable la coordinación y ponderación entre los mismos. Normalmente basta que se articulen dos métodos, teleológico y gramatical [sentido literal posible],- para que la operación hermenéutica se entienda como satisfactoria, razonable y plausible (pp. 56-57).

No debe despreciarse un método de interpretación sobre el otro; muy por el contrario ha de buscarse que en la comprensión de un texto –en la medida de lo posible- todos concurren dando coherencias interna y una base más amplia a la interpretación. Sin embargo, cuando su empleo en conjunto no pueda garantizar una sola conclusión hermenéutica debe preferirse el resultado que más se acomode al sentido teleológico de la norma, respetando siempre el sentido literal posible de la formulación normativa, abandonando las soluciones injustas o las que contradigan el sentido de la ley. La función de los métodos de la interpretación es establecer límites al ámbito discrecional y a la libertad del operador jurídico y, en especial, al juez en

su tarea de administrar justicia (p. 59).

2.1.3.7. La prohibición de analogía in malam partem.

2.1.3.7.1. Definición, función y clases.

García (citado por Castillo, 2004) sostiene que la analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos (o más) hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia. La analogía no supone identidad o igualdad plena, sino simplemente semejanza en los elementos esenciales; de allí que se hable de igualdad parcial o situaciones parcialmente iguales (p. 97). Por ello la analogía no crea un derecho nuevo, descubre uno ya existente, integra una norma establecida para un caso previsto por el legislador a otro patentado por la vida social. La analogía constituye un método de auto integración del Derecho, el cual se emplea para colmar lagunas jurídicas y se contrapone al método de hetero integración. Sin la existencia de lagunas en el Derecho no puede plantearse ningún método o procedimiento de integración. En razón a ello los procedimientos de auto integración más importantes son la analogía y los principios generales del derecho.

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

La particularidad que caracteriza a la analogía jurídica de la analogía lógica es la presencia de un juicio de valor, de una estimación o de una razón que

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

La única manera que se garantice la validez y corrección de la *analogía jurídica* en cualquiera de sus modalidades: la analogía legis o a la analogía iuris es respetando las premisas que exige el razonamiento lógico. Lo mismo se desprende de lo sostenido por Larenz (citado por Castillo, 2004) en donde en la Teoría General del Derecho y también la Dogmática Penal vienen distinguiendo dos clases o formas de analogía: la analogía legis y la analogía iuris: La *analogía legis*, llamada correctamente también analogía particular, parte de una proposición jurídica particular o de una norma concreta, la cual se aplica a un caso no previsto por ella y que es semejante a los supuestos que regula. Esta clase de analogía va de lo particular a lo particular y representa su modalidad; *la analogía iuris* en realidad recurre a un procedimiento lógico de tipo inductivo que va de lo particular a lo general, el cual busca aplicar un criterio o principio específico a determinados supuestos que no se encuentran regulados (pp. 103-104).

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

jurídica, bien común) o también la libre valoración del juez.

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

2.1.3.7.2. Requisitos.

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

Existencia de lagunas en el Derecho positivo.

Tal como lo señala Castillo (2004), la primera condición para que prospere la aplicación de la analogía en los diversos sectores del ordenamiento jurídico es la necesidad que se compruebe previamente que el derecho tiene lagunas o lo que es lo mismo que no hay una regulación específica para un caso o un conjunto de supuestos que, pese a existir en la vida jurídica, no se encuentran previstos por alguna norma del ordenamiento jurídico. En estos casos el operador jurídico (juez) se encuentra con un hecho o un conflicto de intereses que gozando de relevancia jurídica no están regulados en norma alguna del Derecho positivo (legal o consuetudinario) y cuya solución no es posible plantearla a través de la interpretación, cualquiera fuese su clase. La única manera de resolver el problema es apelando a los mecanismos de integración del Derecho. Cabiendo señalar que “la existencia de *lagunas* trae como referencia directa a la idea de ausencia de regulación, regulación deficiente o a la “incompletez” e integridad o no del derecho legal. La existencia de una laguna jurídica solo tiene sentido cuando los hechos que se pretenden enjuiciar poseen

relevancia jurídica. Casos en los que no se encontraría en un supuesto genuino de laguna, pero que es necesario dilucidar si es que se busca delimitar su ámbito de aplicación: a) cuando nos encontramos frente a sucesos o sectores de la vida social no sometidos a la regulación jurídica. Ejemplo, los ámbitos regidos por los usos sociales, por las normas morales, las reglas de urbanidad o cortesía; b) cuando se puede mejorar una norma jurídica o determinados aspectos del ordenamiento jurídico; c) no hay una auténtica laguna cuando el ordenamiento jurídico tiene una norma jurídica que es aplicable a un conjunto de casos, pero dicha norma es insatisfactoria o injusta, resolviendo los supuestos a los que se refiere de manera injusta. Aquí no falta una norma jurídica que existe sino una mejor regulación o una norma justa. Es el caso del Derecho Penal, en donde la existencia de vacíos o supuestos no regulado (pese a la dañosidad social de la conducta o pese a atentar contra importantes bienes jurídicos) no obliga a recurrir a principios superiores ni a procedimiento analógico alguno, los cuales, por el contrario, se encuentran prohibidos. Como se ha puesto de relieve, aquí nos encontraríamos frente a una regla de clausura, por razones ético-políticas. En relación a ello La teoría general y la filosofía del Derecho ensayan algunas clasificaciones acerca de las lagunas del Derecho: Según una extendida opinión doctrinal que se inicia con Enneccerus, existen cuatro posibles clases de lagunas: 1) *Laguna Técnica*.- La ley a veces solo da al juez una orientación general, señalándole determinadas pautas que debe completar e investigar en el caso particular; 2) *Laguna Normativa*.- La ley también suele callar de manera absoluta en la solución de un determinado caso; 3) *Laguna de conflicto o de colisión*.- A veces existen dos leyes, sin preferencia alguna entre sí, que se contradicen haciéndose ineficaces; 4) *Lagunas Axiológicas o Ideológicas*.- Existe

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

Por el tiempo de aparición de las lagunas puede distinguirse entre lagunas primarias y lagunas secundarias, según Engisch (citado por Castillo, 2004) *Las primeras*, llamadas también lagunas subjetivas, son las que indisolublemente se encuentran unidas al nacimiento de la regulación legal y son aquellas que dependen de cualquier motivo imputable al legislador. Por su parte, *las lagunas secundarias*, son las que aparecen como una consecuencia de haber cambiado las circunstancias de la vida social o en virtud a la modificación de las valoraciones (p. 111). Al respecto Castillo (2004) sostiene: Por su parte La teoría del Derecho también plantea una distinción de las lagunas desde una perspectiva lógica y desde un punto de vista axiológico. *Las lagunas desde la perspectiva lógica* serían las auténticas lagunas. Estas se caracterizan por la ausencia de una disposición legal o consuetudinaria, y que podrían sintetizarse bajo el lema de ausencia de regulación. Por su parte, desde la *perspectiva valorativa* nos encontramos frente una laguna llamada también laguna político-jurídica, laguna no auténtica, laguna de lege ferenda, laguna ideológica o laguna crítica cuando existiendo una norma en el Derecho positivo que comprende y

soluciona un caso determinado, esta solución se presenta como injusta o poco conveniente; y que se puede abreviar llamándola como una ausencia de regulación satisfactoria. Por ello esta última clase de laguna, que es una falsa laguna porque existe una expresa regulación, pero lo que falta es una norma mejor o una disposición más justa. Si la ley no es incompleta sino defectuosa (laguna axiológica), entonces no está permitida una integración del orden jurídico, sino un desarrollo del derecho superador de la ley (p.112).

2.1.3.7.2.1 *Identidad de la Razón.*

Sin este requisito cualquier intento de declarar procedente la analogía carecería de toda base y rigor jurídico. La doctrina establece que el estudio del requisito de la identidad de razón debe dividirse en dos grandes partes: 1) La necesidad de semejanza entre el caso regulado y el caso no previsto; y 2) la identidad de razón y fundamento entre ambos supuestos, que haga viable la aplicación de una norma (analogía legis) o un instituto jurídico (analogía iuris) al supuesto no regulado. Se hace necesaria la convergencia de ambos requisitos que, en una unidad indisoluble, logre vincular la similitud de casos con la identidad de razón. La semejanza de dos relaciones o en este caso, de dos hechos implica sostener: a) que ambos no son idénticos o iguales, ya que de ser así no sería necesario acudir a tipo alguno de procedimiento de integración, pues bastaría la aplicación directa e inmediata de la ley que regula ambos casos (idénticos); b) Que ambos supuestos no son diferentes o completamente desiguales.

Al respecto Castillo (2004) refiere: De allí que se exija la necesidad de una semejanza relevante o esencial entre los dos casos: el regulado, la cual sería la razón suficiente que permite el tratamiento igualitario de ambos supuestos. La analogía no

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

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

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

2.1.3.8. *La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.*

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

es permitida la analogía para calificar un hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad, o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda”.

La norma que regula la analogía en la Constitución tiene su aplicación a todas las áreas y sectores del ordenamiento jurídico, sin excepción o restricción alguna, dado su carácter de norma superior en jerarquía y nivel. Por lo que la Constitución no alude a la prohibición de aplicar por analogía a las leyes excepcionales, pues se limita a mencionar a las leyes penales y a las normas que restrinjan derechos. En realidad, la única interpretación posible del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Civil es que su ámbito de aplicación se circunscribe a las normas que imponen sanciones jurídicas negativas que son las que afectan o restringen el ejercicio de un derecho o determinado bien jurídico.

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

De la regulación constitucional y del título preliminar de la analogía, y de recurrir al argumento lógico del a contrari sensu, *se pueden obtener tres conclusiones* respecto a su permisión: a) La analogía no se encuentra prohibida cuando puede ser utilizada para conceder un derecho o un beneficio, siempre que exista una laguna normativa y además concurra una identidad de razón.

El campo más importante de su aplicación será las normas que instauren sanciones premiales o positivas; b) cuando la aplicación del recurso de la analogía no supone algún perjuicio o beneficio, sino solo la solución de una incertidumbre jurídica, ejemplo, en el campo no contencioso; c) cuando la analogía puede permitir la atenuación o la extinción de la responsabilidad penal, ya sea por la aplicación analógica de una circunstancia atenuante o de una circunstancia eximente, como suelen ser, por ejemplo, las causas de justificación o de inculpabilidad.

Sin embargo cabe afirmar que la legislación penal peruana, específicamente en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, prescribe que: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda”. Dicha disposición legal según Castillo (2004) restringe la aplicación de la analogía solo a tres casos: “a) Para calificar el hecho como delito o falta; b) Para definir un estado de peligrosidad; c) Para determinar la pena o la medida de seguridad. En el *primer supuesto* se prohíbe calificar un hecho como delito o falta al no encontrarse previsto en la ley, ya sea porque la supuesta figura delictiva nunca ha existido, porque se encuentra derogada o porque no se encuentra recogido por el tenor de la ley (sentido literal posible). Lo que se prohíbe es que sobre la base de un supuesto de hecho solo

inmoral, o que no se encuentra previsto dentro de la norma, se imponga una pena o medida de seguridad. *En el segundo caso* se prohíbe aplicar la analogía para homologar un estado peligroso determinado como presupuesto para la imposición de una medida de seguridad o para instaurar otra medida jurídica. *En el tercer supuesto*, la ley prohíbe aplicar una pena o medida de seguridad por analogía en base a la gravedad del hecho, si estas no se encuentran reguladas en la ley o no son las que el respectivo delito contiene o tiene previstas. Por ello es necesario realizar una interpretación sistemática que de la mano de una interpretación según la Constitución, se conduzca a hacer compatible y homogeneizar la disposición del Título Preliminar con el artículo 139 inciso 9 de la Constitución Política. Ello franquearía el procedimiento para entender que el Código Penal *regula solo unos casos, muy contados*, en los que debe aplicarse la prohibición de analogía y que por recurrir a una fórmula casuística deja fuera, sin razón aparente, una constelación de supuestos no menos importantes, de suma trascendencia para garantizar el irrestricto valor del principio de legalidad. Solo así se podrían evitar los perniciosos efectos de la aplicación de analogía in malam partem, al menos desde el punto de vista normativo, imprimiéndole un hondo contenido garantista de inapreciable valor para limitar el derecho judicial” (pp. 118-123).

2.1.3.9 La analogía en el Derecho Penal.

2.1.3.9.1 Carácter de la prohibición de analogía.

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

anterioridad en una ley escrita y estricta. El contenido del *principio de legalidad* solo obliga y garantiza la sujeción de la punibilidad a la ley, no de la impunidad. Por lo que la admisibilidad de la analogía se puede deducir de la redacción del precepto constitucional que solo prohíbe y declara la inaplicación de la analogía que restringe derechos, pero que deja incólume la posibilidad de aplicar la analogía *in bonam partem*, sin que por ello se cuestione o se resquebraje el sentido liberal del principio de legalidad. El juez no debe sujeción ni a la justicia ni a su conciencia moral, sino a la ley. En la medida que el juez se salga de dichos límites no solo habrá resquebrajado los principios de nuestro sistema jurídico, sino que habrá incurrido en un delito: prevaricato (artículo 418 del C.P) (pp. 123-127).

2.1.3.9.2. Alcances de la analogía *in bonam partem*.

De admitirse esta, su extensión y amplitud han de tocar todos los ámbitos del Derecho Penal: tanto en su parte general como en su parte especial, aplicándose sin restricción alguna. Tal como refiere Castillo (2004) Esto ha sido remarcado de manera mayoritaria por la doctrina penal que se ha pronunciado sobre el tema. En la parte especial se puede recurrir al procedimiento analógico siempre y cuando además de cumplirse con los presupuestos de la analogía se favorezca con ello al reo (p. 128). Como terreno de aplicación se ubica en nuestra parte especial del Derecho Penal, donde se puede citar en caso de excusa absolutoria entre parientes (Artículo 208 del C.P) propia de los delitos contra el patrimonio, que debe extenderse también al delito de receptación, además de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños, si es que no se quiere llegar a brindar un tratamiento desigual a conductas que tienen una semejanza material e igual identidad de razón. Asimismo, la analogía es válida en las circunstancias de atenuación de la pena, en las eximentes, en las causas de

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

2.1.3.9.3. Delimitación de la analogía in malam partem.

El contenido derivado de la prohibición de analogía en el Derecho Penal es el de excluir su empleo como método de integración en la creación o agravación de delitos y de penas. Con la prohibición de analogía se busca la vinculación del juez a la ley; y en su justificación concurren razones preventivo- generales, postulados que se derivan del principio de intervención mínima.

Según Castillo (2004), afirma el Derecho Penal contemporáneo prohíbe la creación de un Derecho Penal nuevo o ajeno al previsto por la ley (analogía iuris) o la ampliación a supuestos que no encajan en su texto (analogía legis) (p. 131). Las lagunas no pueden ni deben ser colmadas por la analogía a pesar que exista una identidad de razón sobre la base de casos semejantes. Debido a que las razones de justicia a las que obedece la analogía han de ceder ante la seguridad jurídica cuya

manifestación es el principio de legalidad.

Al respecto Castillo (2004), expresa: Por lo que se incurre en analogía in malam partem cuando en el hurto agravado en inmueble habitado se pretende incorporar los apoderamientos de bienes que se encontraban en un remolque, en una cueva o colegio público, las cuales carecen de la característica de inmueble habitado. Sin embargo, “la prohibición de analogía también se extiende a la parte general del Código Penal. Así, por ejemplo, en los delitos de omisión impropia la posición de garantía no puede aplicarse por analogía fundándose en criterios morales o éticos, sino solo jurídicos (teoría formal) o sociales (teoría material de las fuentes de garantía) de indiscutible aceptación. En las modalidades de la autoría y participación no se puede crear formas de intervención personal más allá de las descritas en la ley penal, v. gr. El encubrimiento no debe ser considerado más como una forma de participación criminal, sino como un delito contra la Administración de Justicia (artículos 404 y 405), como no se puede alterar las reglas de la autoría por encima de su sentido literal posible. El ámbito de las consecuencias jurídicas del delito también se encuentra sometido a la prohibición de analogía. Ello es aplicable a todas las clases de penas instauradas en el código Penal (artículo 28), a las medidas de seguridad (artículo 71), como en el campo de las consecuencias accesorias que no tienen carácter penal” (p. 132). En las leyes penales en blanco que consisten en remitir los presupuestos de punibilidad a una norma extrapenal rige también la prohibición de analogía. No se puede extender por analogía los supuestos descritos en estas disposiciones, por más conveniencia político- criminal que exista, como tampoco se pueden ampliar las prohibiciones y obligaciones que provengan de una norma distinta a la pena.

2.1.3.10 Analogía e Interpretación en el Derecho Penal.

Según el autor Castillo (2004), refiere que el primer problema que deriva de cuándo debe o no acudirse a la analogía in bonam partem o cuándo se encuentra prohibida la analogía in malam partem nace de la necesidad de esclarecer la delimitación entre interpretación y analogía, ya que mientras una supone la existencia previa de un texto normativo al que debe respetar y seguir en sus valoraciones decisivas; la otra implica un método de integración del Derecho que solo es plausible cuando se ha comprobado una laguna normativa y en la que falta una regulación para el caso de que se pretende resolver. La interpretación exige mantenerse dentro del texto y sentido de la ley y la analogía, supone la ampliación de la ley a supuestos no comprendidos en su texto. Una ley o un texto normativo entre los que obviamente se incluyen las leyes penales solo puede conocerse, precisando su alcance, a través de la interpretación del lenguaje normativo que se expresa mediante su tenor literal o sentido verbal. Cuando se recurre a cualquiera de los métodos de interpretación conocidos y aun así es imposible comprender dentro del sentido de la ley a los casos problemáticos (no regulados) es que se afirma que existe una laguna, la cual puede ser colmada si así lo permite la naturaleza de las cosas a través del procedimiento analógico.

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

que aquí se encuentra el tope o límite de toda operación hermenéutica (p.135). La misma opinión es recogida de manera mayoritaria en la ciencia del Derecho Penal, que ve en el sentido literal posible la línea fronteriza entre la interpretación permitida y la integración analógica.

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

La analogía tiende a ampliar la aplicación de la ley y el Derecho fundándose en la existencia de casos semejantes; siendo su orientación el extender o proyectar el

desarrollo de la ley; mientras que *la interpretación* muchas veces tiene que dejar la dirección de la analogía para reducir el sentido del texto. Esto son los casos de la llamada reducción teleológica de la ley que es un procedimiento distinto e inverso a la analogía (Larenz, (citado por Castillo, 2004, pp. 142-143).

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

2.1.4. Problemas Interpretativos.

Sostiene Gascón (2003), que el punto de partida de la concepción intermedia es la toma de conciencia del carácter discrecional de la interpretación, y por consiguiente del componente ideológico o subjetivo que está presente en la misma, sobre todo cuando aparecen dudas o problemas interpretativos. Que aunque *interpretar* es una actividad más o menos discrecional consistente en atribuir significado a un texto en el ámbito de sus posibilidades interpretativas, *la discrecionalidad* se hace realmente manifiesta cuando la interpretación aparece o es sentida como: dudosa o problemática, siendo que las principales dudas o problemas interpretativos que pueden presentarse se ligan a los tres contextos en los que el texto legal se inserta: contexto lingüístico, sistémico y funcional (p. 111).

2.1.4.1 Problemas del contexto lingüístico.

El lenguaje jurídico es un tipo especial del lenguaje común y, por tanto, adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a este; y deshacer la ambigüedad y reducir la vaguedad comporta una *decisión discrecional*

(bien sea por la ambigüedad de las expresiones o a la falta de precisión de su significado).

Según Gascón (2003) clasifica:

a.-Problemas de ambigüedad.- Que una expresión es ambigua significa que puede entenderse de varias maneras o que puede asumir significados distintos. Pero dentro de los problemas interpretativos generados por la ambigüedad o polisemia de las expresiones cabe distinguir aún varios tipos: *Ambigüedad semántica por usar términos del lenguaje común*; *Ambigüedad semántica por usar términos del lenguaje científico* (pero que pueden adquirir un significado distinto en el contexto jurídico) o *Ambigüedad sintáctica* (por la manera en que las palabras se relacionan entre sí).

a.-Problemas de vaguedad o imprecisión.- Que un término o concepto es vago quiere decir que su significado es indeterminado o impreciso, de manera que se puede delimitar los casos claramente incluidos y excluidos (núcleo de certeza), pero que entre ambas esferas se mantendrá también una zona de penumbra donde es dudoso si resulta o no predicable. Todas las expresiones lingüísticas, al menos las del lenguaje natural, presentan algún grado de indeterminación, porque padecen una cierta vaguedad, y en este sentido pueden plantear dudas interpretativas cuya resolución es y debe ser discrecional. Es evidente que la vaguedad alcanza sus cuotas más altas (y la actividad interpretativa su mayor grado de discrecionalidad) cuando como sucede con frecuencia el legislador usa conceptos que incorporan una gran carga valorativa; es decir, cuando usa nociones típicamente vagas, como daño grave, conducta reprobable, convivencia intolerable, etc. Sucede lo mismo cuando en el artículo V del Código Civil Peruano establece “es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres”. No cabe duda que en la determinación de si el acto jurídico es

contrario a las buenas costumbres, queda un amplio campo a la discrecionalidad del intérprete. (p. 112-116)

2.1.4.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional.

Se trata de casos en que el significado de los textos legales pueden ser unívoco y preciso, pero pueden aparecer problemas a propósito de la articulación del texto con otros ya existentes (problemas del contexto sistémico); o a propósito de la relación existente entre el texto y las finalidades y objetivos a que el mismo ha de servir, o sea, problemas de adaptación del significado de los textos a las circunstancias en las que han de ser aplicados (Problemas del contexto funcional). En todos estos supuestos la interpretación se manifiesta también como una actividad discrecional. Según Gascón (2003), refiere:

a) Problemas de redundancia.- Aparecen estos problemas cuando dos disposiciones distintas, tomadas en su significado más inmediato, significan lo mismo. La redundancia plantea un problema interpretativo stricto sensu, aunque sí puede generar dudas: ante un caso de redundancia, o bien puede considerarse que el legislador simplemente ha reiterado su mensaje, o bien puede considerarse que el legislador “no se repite” y que la redundancia es una mera apariencia, de modo que, mediante un esfuerzo interpretativo, se determine atribuyendo a una de las disposiciones redundantes un significado diferente.

b) Problemas de antinomias.- Existe una antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible. La antinomia equivale, pues, a inconsistencia o contradicción. Nótese que la antinomia, por cuanto conflicto entre “normas” y no entre “disposiciones”, es el resultado de la interpretación realizada, por lo que la

presencia de antinomias es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, plantea dudas o controversias interpretativas, pues mediante la interpretación es posible tanto crear como evitar una antinomia. Ahora bien, si se acepta la presencia de una antinomia en el ordenamiento, el problema que surge ya no es un problema interpretativo, sensu estricto, sino más bien un problema de relevancia; esto es, el problema de decidir cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso.

La mayor parte de las antinomias que se presentan pueden resolverse recurriendo a los tradicionales criterios de resolución de antinomias (jerarquía, cronología, especialidad y competencia), criterios que, por lo demás, suelen gozar de algún reconocimiento en los propios ordenamientos. Pero existen también antinomias para cuya resolución no existen reglas claras y que generan, por tanto, dudas o controversias. Así sucede con algunas de las llamadas antinomias de segundo grado, con el supuesto de antinomias configuradas como “insuficiencia de criterios” y, de modo particular, con las antinomias o conflictos entre principios.

La expresión antinomias de segundo grado alude a aquellas antinomias donde la incompatibilidad puede resolverse por aplicación de dos o más criterios con resultados diferentes. Por ejemplo, la antinomia que se da entre una ley especial anterior y una ley general posterior (donde concurren los criterios de especialidad y cronológico); o la que se da entre una norma especial pero inferior y una norma general pero superior (donde concurren los criterios de especialidad y jerarquía). El problema que la antinomia plantea es, pues, el de decidir cuál de los criterios debe usarse; pero en algunos supuestos no hay reglas que diriman la controversia de manera incuestionable, lo que conduce, a fin de cuentas, a una cierta discrecionalidad.

La expresión *insuficiencia de criterios* alude a aquellas antinomias para cuya resolución no puede echarse mano de ninguno de los tradicionales criterios de resolución de antinomias. Se trata de aquellos casos en que la antinomia se produce entre dos normas válidas desde el punto de vista de la competencia, con el mismo rango jerárquico, coetáneas y que no se hallan entre sí en una clara relación de generalidad/especialidad: por ejemplo, dos normas de un mismo cuerpo legislativo con el mismo grado de generalidad y/o especialidad. En estos casos se abre ante el juez de un vasto campo de posibilidades no regladas para resolver el conflicto, pues puede recurrirse, por ejemplo a los principios generales que rigen el sector del ordenamiento de que se trate, o puede realizarse una ponderación de los intereses en juego, o puede recurrirse al principio *lex favorabilis*, etc.

Por último, cuando el conflicto se produce entre “principios”, los tradicionales criterios de resolución de antinomias, que establecen en abstracto la preferencia de una norma sobre otra, no resuelven el problema.

c) Problemas de Lagunas.- La expresión “laguna” se emplea por los juristas para referirse a aquellos casos o conductas que no se hallan reguladas por el Derecho. Se afirma que existe una laguna cuando, según el significado que se atribuye a las disposiciones jurídicas, el ordenamiento no ha previsto una relación jurídica para un cierto supuesto de hecho.

La presencia de lagunas en el ordenamiento es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, plantea controversias interpretativas, pues siempre es posible poner en marcha técnicas interpretativas que permitan evitar una laguna. Por ejemplo, es posible realizar una interpretación extensiva del Derecho, extendiendo el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su

significado literal inmediato; poniendo de relieve, en definitiva, que si se interpreta ese término o locución correctamente (o sea, extensivamente) no existe una laguna. O bien puede hacerse una interpretación literal del texto legal diciendo que la conducta no contemplada está permitida (si la norma es prohibitiva) o está prohibida (si la norma es permisiva); se trata del uso creativo del argumento a contrario. Si se acepta la presencia de una laguna en el ordenamiento, el problema que surge (ya no un problema de interpretación stricto sensu sino un problema de relevancia) es el de encontrar la norma en que fundar la decisión al caso “lagunoso”. Un problema que, naturalmente, solo se plantea en aquellos ordenamientos donde el juez tiene la obligación de dar una solución al conflicto (prohibición de resoluciones non liquet) y ha de hacerlo además según el sistema de fuentes establecido (principio de legalidad, en sentido amplio).

Encontrar, en estos casos, la norma jurídica en que fundar la decisión (o colmar la laguna), exige recurrir a las técnicas de integración de lagunas; en particular a la analogía, que expresa en realidad un auténtico argumento “creador” de Derecho.

d) Problemas de funcionalidad.- Tampoco en este caso se trata de problemas interpretativos stricto sensu, sino de problemas teleológico-valorativos de aplicación de la ley que surgen cuando una disposición, cuyo significado no ofrece dudas ni es contradictorio, provoca alguna perplejidad en su aplicación literal a un caso específico, bien porque se considera que este es excepcional, bien porque han cambiado las circunstancias (por ejemplo, cambios tecnológicos o científicos no imaginados por el legislador) o los valores sociales. En estos casos se plantea la duda de si aplicar la disposición en su significado inmediato o, por el contrario, corregir

ese significado para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

En general, los avances científicos y tecnológicos plantean constantemente problemas de funcionalidad al Derecho, que ha de adaptarse a la nueva situación por vía legislativa, pero también, y en tanto esto no ocurra, por vía interpretativa. Esto es lo que ha sucedido con la inclusión de los nuevos avances probatorios en la escueta lista de medios de prueba tradicionales, que ha permitido, por ejemplo, introducir en el proceso como prueba “documental” la aportación de cintas magnetofónicas (pp. 116-121).

2.1.4.3 Casos Fáciles y casos difíciles.

Debido a los distintos problemas interpretativos, se permite mostrar uno de los rasgos característicos de la concepción intermedia de la interpretación: que la actividad interpretativa tiene carácter discrecional, lo que significa que el intérprete dispone de un poder no estrictamente reglado para atribuir significado al texto legal, no significando que la interpretación sea siempre problemática, ni que todos los casos que puedan configurarse en abstracto como problemas interpretativos lo sean realmente en la práctica.

La interpretación jurídica según Gascón (2003) refiere: “No es una actividad libre y ejercida de cualquier modo sino que se desarrolla en un contexto lingüístico, cultural y jurídico que la somete a unos límites y vínculos, siendo éstos de diversos tipos. Así, las posibilidades interpretativas están contenidas por los usos lingüísticos atribuidos a las palabras, o por el marco semántico reconocido previamente; o por el significado de las palabras en los contextos lingüísticos relevantes, en particular el técnico jurídico (términos como: “donación”, “acción”, etc.). Y otro vínculo lo constituyen las convicciones propias de la sociedad, que funcionan generalmente

como contrapeso a las huidas hacia adelante del intérprete, sobre todo cuando están implicados términos con fuerte carga valorativa (por ejemplo, honestidad, obscenidad, etc.). Estos y otros vínculos generan hábitos interpretativos que hacen que muchos textos legales terminen por adoptar un significado constante, de manera que la interpretación de esos textos puede que no aparezca como problemática (o difícil) sino como una (fácil) actividad cognoscitiva de su significado constante. Precisamente por ello, para distinguir entre los casos en que se presentan de hecho problemas o dudas interpretativas y aquellos otros en que tales dudas no se plantean, puede *hablarse de casos difíciles y casos fáciles*, respectivamente. Más exactamente, un *caso es difícil* cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida; *es fácil* cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas puedan plantearse. Es evidente que cuando los jueces aplican (o dejan de aplicar) una norma en los casos difíciles ejercen discrecionalidad, pues la decisión de la controversia requiere elegir entre al menos dos soluciones (o interpretaciones) alternativas; pero cuando aplican una norma a los casos claros o fáciles la decisión aparece o es sentida como no discrecional porque de hecho nadie la cuestiona. Por eso, en el discurso de los juristas, donde es frecuente usar un concepto de interpretación no en su sentido amplio de atribución de significado a un texto legal sino en su sentido más restringido de esclarecimiento de ese significado en situaciones de duda o controversia en torno a su campo de aplicación, solo se entiende que existe necesidad de interpretar cuando estamos ante un caso difícil. Sin embargo no se debe llevar a confundir las cosas y a presentarlas como si al menos en los casos fáciles hubiese siempre respuesta correcta; esto es, como si no hubiese nunca discrecionalidad

interpretativa. Y al respecto solo unas observaciones:

1. Incluso en los supuestos en que exista homogeneidad interpretativa creada por un hábito interpretativo, los problemas pueden reaparecer cuando cambie el contexto (cronológico o sistemático) en el que la norma debe ser aplicada. Es decir, puede suceder que normas que hasta el momento no han planteado dudas interpretativas, las planteen, porque hayan cambiado las circunstancias y/o las valoraciones sociales de los casos. Este es, por ejemplo, el sentido de la interpretación actualizadora.

2. También ante disposiciones que brillan por su claridad pueden plantearse las dudas. Por ejemplo, la disposición que establece que “para que el testamento sea válido debe ir firmado”, cuya interpretación, en principio, resulta clara, puede plantear dudas en los supuestos en que la firma figure al comienzo, o sea un seudónimo, o aparezcan solo iniciales.

3. Ante disposiciones aparentemente claras, el intérprete es capaz, a veces, de crear lagunas (y, por consiguiente, casos oscuros): si es verdad que los intérpretes colman las lagunas discrecionalmente (mediante creación de normas nuevas), también lo es que a veces son los propios intérpretes quienes se atribuyen esa discrecionalidad, “creando” la laguna.

Por ello la interpretación no puede postularse como descubrimiento o averiguación sino como decisión o adjudicación del significado que conviene a un texto legal en el ámbito de sus posibilidades interpretativas (operación discrecional). Los textos legales requieren siempre ser interpretados, aunque la interpretación solo se hace realmente manifiesta cuando se plantean controversias interpretativas; en el resto de los casos aparece “camuflada”. Cuando la interpretación no es controvertida

hablamos de casos fáciles y de casos difíciles cuando aparecen enfrentadas interpretaciones distintas y justificables” (pp. 123-126).

2.1.5. Cuestión de principios.

Refiere García (2003), “Tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios, categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, paremias, máximas, aforismos, etc.” (p. 217).

Desde luego, entre todos ellos los principios gozan de particular atención. Esta circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión “principio jurídico” ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia.

En los últimos años, “los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico. Esta doble dimensión que presentan los principios les convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación (...), sosteniendo que la discreción judicial comienza donde termina el Derecho”. García (p. 218).

Empero, entre teoría del Derecho y TAJ existe interdependencia, en donde algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado “el Derecho como argumentación”.

2.1.5.1. Distinción entre reglas y principios.

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

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

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

La Tesis de la Conformidad.- Entre principios y reglas no existen diferencias relevantes (p. 229). Sostiene Alchourrón y Bulygin (citado por García, 2003) que “Entre las normas que los juristas llaman “principios generales” y las normas que integran las “partes generales” sólo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios” (p. 233).

Con relación a ello se debe tomar en cuenta la diversidad de principios explícitos, implícitos y extra sistemáticos que reside en que los principios explícitos son directamente válidos porque el modo de obtener su validez no difiere del de las reglas (pertenecen al sistema de acuerdo con el criterio de legalidad); en tanto que los principios implícitos son indirectamente válidos porque su validez reposa sobre su adecuación a otras normas que sí son inmediatamente válidas (los principios implícitos pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad).

Según García (2003) refiere:

a) *Las reglas: aplicación “todo o nada”.-* Las reglas vienen hacer aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones, por lo cual el

criterio de la aplicación de todo o nada de las reglas deriva finalmente del carácter exhaustivo de las excepciones.

b) *Los principios: más o menos aplicación.*- Los principios a diferencia de las reglas, presentarían una dimensión de peso. Esta dimensión se percibe en el modo de entrar en Colisión principios y reglas. Cuando dos reglas entran en conflicto, es posible: que una de ellas no sea válida, o que una de ellas sea excepción de la otra. En ambos casos, no existe propiamente un conflicto, o bien se aplica la regla válida, o bien se comprueba si el caso que se resolverá es una excepción a la regla más general o no.

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

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

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

Criterio de Jerarquía (*lex superior*).- según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre

principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extra sistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía.

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

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

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

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

Por lo que Alexy caracteriza los principios en los siguientes términos: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización (el cumplimiento de los principios debe

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

2.1.5.2. Reglas como normas cerradas y principios como normas abiertas.

Los profesores Atienza y Ruiz (citado por García, 2003) han explorado una distinción entre reglas y principios refiriéndose que la distinción entre reglas y principios puede plantearse a partir del carácter cerrado o abierto de la norma, por lo que proponen tres grandes perspectivas desde las que cabe definir las diferencias: desde un enfoque estructural, las normas presentan una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho al que se correlaciona una consecuencia jurídica. En tanto que según estos autores, *las reglas* se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas, por lo que *los principios* presentarían un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada y que con relación con *las directrices* presentarían un supuesto hecho y unas consecuencias jurídicas abiertas.

2.1.5.3. Reglas y Principios como razones para la acción.

Según el modelo Atienza/Ruiz analizar la distinción entre reglas y principios es a través del carácter funcional. Donde *las reglas* son las razones excluyentes de la

toma en consideración de otras razones, siendo estas, independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen (en el legislador) de tal regla. Mientras que un *principio* viene hacer una razón de primer orden para actuar, pero que no excluye de la deliberación, es decir; la toma en consideración de otros principios para actuar. Nos da a conocer asimismo (García, 2003) que ambos autores, sostienen que “un principio explícito sería una razón para actuar independiente del contenido, mientras que un principio implícito sería una razón dependiente del contenido, pues su fuerza motivadora dependería de su adecuación a las normas de las que deriva” (p.257).

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

2.1.5.4. Juicio de ponderación.

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

2.1.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación.

Desde la *perspectiva de la jurisdicción constitucional*, los conflictos se presentan cuando se confrontan el bien o valor constitucional protegido por la norma o medida pública que se enjuicia y otro bien o valor constitucional; en tanto que desde la *perspectiva de la jurisdicción ordinaria*, los conflictos se presentan cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto resultan relevantes al mismo tiempo dos

bienes o valores constitucionales. En razón a ello cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que, o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Y por el contrario, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda valer el uno sobre el otro.

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

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

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

2.1.5.4.2. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad).

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

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

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

ii. Adecuación.- La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención.

iii. Necesidad.- Si la satisfacción de un bien o principio constitucional se alcanza a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, se debe escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

iv. Test de proporcionalidad.- En sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Dicho requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio

entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional (pp. 299-300).

2.1.5.4.3. Ponderación y subsunción.

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

Subsunción según Almanza (2012), es el proceso por el cual un caso concreto se correlaciona con el supuesto de hecho de una norma para luego aplicar a dicho caso la consecuencia jurídica e la norma en cuestión. La subsunción se usa generalmente en los casos fáciles pero, resulta insuficiente en los casos difíciles

Ponderación

Es otro método estructural como el denominado silogismo jurídico, pero es un método que es utilizable en los denominados casos difíciles relativo a colisiones de principios sobre derechos fundamentales. La ponderación implica en un caso

concreto de colisión de principios la preferencia por el principio de mayor importancia y la afectación de otro principio que se considere de menor importancia (p. 26).

2.1.5.4.4. Control difuso e interpretación constitucional.

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

En la actualidad los tribunales cuentan con mecanismos apropiados para decidir cuándo una norma es contraria a la Constitución, no solo en los jueces constitucionales sino también en el juez ordinario, empero algunos jueces ordinarios aún se mantienen a la dogmática tradicional, a categorías conformadas en disciplinas particulares en forma especial en el campo del derecho privado, en una concepción formalista de justicia, evidenciándose que a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho.

En base a lo que viene aconteciendo, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación. Siendo así, se puede presentar la figura jurídica del Control Concentrado, la misma que es aplicado por el Tribunal Constitucional cuando se

presenta una incompatibilidad de las leyes, la misma que debe entenderse como el control de la constitucionalidad de las leyes, siendo únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

En tal sentido (Gascón, 2003) refiere: La configuración del Control concentrado admite a su vez dos variantes:

Control a priori: El control inserta en el propio proceso legislativo operando sobre la ley aprobada pero aún no promulgada; de manera que, una vez en vigor, la ley deviene intocable y los derechos judicialmente accionables son los que vienen prefijados en ella. Ante leyes vigentes, el principio de legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

Control a posteriori: El control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es posible que leyes inconstitucionales (pero vigentes) desplieguen sus efectos en el ordenamiento entretanto no se declare su inconstitucionalidad por el órgano de control (p. 272).

2.1.6 Razonamiento Judicial y Derecho Fundamentales.

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

2.1.6.1. Definición de Derecho Fundamentales.

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

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

2.1.6.2 Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho.

Según el autor Mazzaresse (2010) sostiene:

“Que la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando

cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (...) de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación en las que estimula y legitima la tematización de un modelo jurídico diferente y distinto del propio del estado (liberal) de derecho: esto es, modelo del Estado constitucional de Derecho.

Que con respecto a los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento, no se agotan en los únicos criterios de carácter formal consistentes en la conformidad de la producción normativa con las meta normas de procedimiento y de competencia, sino que están flaqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positividades. Los modos de realización y/o aplicación (judicial) del Derecho no se reduce a un mero reconocimiento de la ley o a una concreción mecánica de la misma, sino que son ellos mismos inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, enunciados a nivel constitucional, tanto en la interpretación, como si fuere el caso, en la denuncia de la eventual inconstitucionalidad de la ley” (pp. 234-236).

2.1.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho.

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

identificación y/o en la interpretación del derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias. El primero de ellos es el de los derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho.

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

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

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

Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.- Señala Mazzaresse (2010), que no menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o

indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia:

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

En *modo negativo* cuando, por el contrario, por razones derivadas del desarrollo de algunas actividades procesales, la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos, siendo su papel relevante porque testimonia la (potencial) competitividad entre los valores subyacentes a derechos fundamentales distintos y ejemplifica la exigencia de una ponderación de los mismos y/o de la definición de una compleja red de excepciones y de vínculos. *Entre las directas*, una primera forma de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso en que los jueces de primera instancia pueden intervenir sobre el control de constitucionalidad de las leyes, directa o indirectamente; como segunda forma directa de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso de eventuales metanormas y/o posibles prácticas jurisprudenciales que explícitamente sancionen o permitan una accionabilidad y/o justiciabilidad directas de los derechos.

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

2.1.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.

Es difícil negar el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la

resolución de una misma controversia, siendo innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho, la invasividad de su papel en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción.

2.1.6.4.1. *Dificultades epistemológicas.*

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

Según (Mazzarese, 2010) refiere:

Que el primer orden de dificultades afecta a la re (definición) de los criterios de identificación del Derecho (normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial de los criterios de identificación del derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión y en segundo orden de dificultades afecta a la (re) definición, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica. Por lo que estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válidos son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho asimismo estas dos órdenes son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales. Sin embargo cabe señalar que la primera razón de la indeterminación afecta a los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo; la segunda y la tercera razón afectan, por el

contrario, a los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en la razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica) (pp. 243-245).

Indeterminación y criterios de identificación de los derechos fundamentales.- La primera razón de la indeterminación de los derechos fundamentales cuya tutela judicial debe garantizarse al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto. Se juzga que son los valores a realizar y a defender mediante la enunciación de derechos fundamentales y mediante la reivindicación de su protección y a la diversidad de derechos fundamentales que, de acuerdo con distintas concepciones se juzga que son los derechos fundamentales que constituyen los medios necesarios para promover y garantizar los valores que se ha decidido realizar y defender a la diversidad.

Señala Mazzaresse (2010), refiere:

Que con referencia al derecho internacional, son conocidas las críticas dirigidas al catálogo de derechos fundamentales enumerados en las cartas y/o en los pactos que se han sucedido a partir de la Declaración Universal de 1948, críticas que, aunque formuladas y argumentadas de formas diversas, denuncian, todas ellas, la connotación ideológico- cultural de matriz occidental y problematizan, cuando no niegan directamente, la pretendida universalidad (de parte) de los derechos fundamentales que han encontrado una afirmación Respecto al derecho interno de un Estado, la duda es si los derechos fundamentales de los que garantizan la tutela judicial son todos aquellos y solo aquellos que han tenido ya un reconocimiento explícito, en el ordenamiento jurídico estatal. Cabiendo la duda de poderse

reformulase apelando a dos interrogantes: sobre si la positivización en un ordenamiento jurídico es condición necesaria para que, en ese ordenamiento, se pueda tener tutela judicial de un derecho fundamental; y sobre si la positivización en un ordenamiento jurídico es condición suficiente para que se deba tener tutela judicial de un derecho fundamental (pp. 245- 248).

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

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

Indeterminación y criterios de interpretación: la (potencial) competitividad entre derechos fundamentales.- Una fuente ulterior de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizan la tutela judicial es la (potencial) competitividad de los derechos fundamentales, tanto en el caso de que su catálogo se encuentre circunscrito al conjunto de los derechos explícitamente reconocidos en el derecho interno, como en el caso en que se convenga que también pueden tomarse en cuenta derechos proclamados en ámbito supranacional y/o derechos no explícitamente enunciados en disposiciones de derecho positivo.

Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos

fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico tal como señala (Mazzarese, 2010): a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar un derecho fundamental sin violar, o al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último. El fenómeno de los conflictos entre derechos fundamentales, no es simplemente un caso particular del fenómeno más general del conflicto entre normas (es decir, del fenómeno de las antinomias). Aunque estén relacionados, los dos fenómenos presentan, en efecto, diferencias significativas.

2.1.6.4.2. Dificultades lógicas.

Señala Mazzarese (2010), lo siguiente: La triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales a realizar y/o tutelar en un ordenamiento jurídico actúa sobre las formas y los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en que se articula el proceso decisorio de una controversia. Actuando en primer lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesta la naturaleza constitutiva y no declarativa tanto de las premisas, jurídica y fáctica, sobre las que se funda la decisión del caso, como de su conclusión, la parte dispositiva y en segundo lugar, confirmando y volviendo aún manifiesto el carácter tanto derrotable (y/o monotónico), como aproximativo del razonamiento judicial.

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

jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado de un complejo proceso decisorio y valorativo. La tesis de la naturaleza constitutiva tanto de las premisas, jurídicas y fáctica, como de la conclusión de una decisión judicial, recibe una doble confirmación tanto en razón de esos derechos a los que ha hecho referencia como derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho, como en razón de aquellos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.

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

Este dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, sino de unos mismos derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derecho Fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales

(a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable) la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son derivables en el cálculo (p.256-259). Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio el Delito contra la Libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad. Considerando en acuerdo plenario, respecto a la protección de la LIBERTAD SEXUAL, que está relacionada con la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico que la agraviada a la fecha fue perpetrado el hecho contaba con quince años de edad, siendo así que la Corte de Justicia de la Republica ha venido adoptando el criterio de que aquellas conductas subsumidas en el inciso tercero del artículo ciento setenta tres del código penal. Siendo así que en el caso de autos, al no haber mediado consentimiento alguno por parte de la menor agraviada, el encausado cometió un ilícito penal sumamente grave considerando que ultrajo sexualmente no solo a una menor de edad , si no que aquella resulta ser su media hermana , aprovechando de esa relación parental y de que se encontraba en indefensión al haberse refugiado en el hogar del encausado sumando que en autos están acreditadas las secuelas emocionales dejadas en la víctima por el cual este Supremo Tribunal considera que la sanción a imponérsela debe ser el máximo de la pena.

2.1.6.5. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.

El Tribunal Supremo declaro bien concedida el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional referida a la vulneración del debido proceso, relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente para interés del

estado representado en el juzgador para lograr certeza. suficiente y sentenciar sin dudas razonables

2.1.7. Antinomias.

2.1.7.1. Definiciones.

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

- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas (que se asumen son) simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico (en seguida, no interesará más esta precisión, dándola por sobreentendida).
- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no pueda ser eliminada mediante interpretación.
- *Antinomia* es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no pueda ser eliminada mediante interpretación, ni pueda ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido (p.272).

2.1.7.2 Antinomias en los razonamientos judiciales.

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

2.1.7.3. Las Antinomias como incompatibilidad normativa.

El primer concepto de antinomia donde es una incompatibilidad entre dos normas, es un concepto genérico y estático. Pero ante todo, se trata de un concepto genérico: en efecto una antinomia es caracterizada como cualquier

“incompatibilidad” entre dos “normas” cualesquiera que se asume son simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico.

Pero además tal como señala Chiassoni (2010) expresa: Se trata además de un concepto estático: una antinomia es caracterizada en efecto sin hacer referencia alguna a las modalidades de su verificación y de su resolución. En la reflexión contemporánea sobre las antinomias, se suele distinguir diversos tipos de incompatibilidad normativa. Entre estos, a partir de una afortunada taxonomía delineada por Karl Engisch, no es la incompatibilidad “lógica” (que daría lugar a las “antinomias en sentido propio” o “propriadamente dichas”, por un lado, a la cual se contraponen la incompatibilidad “teleológica”, “axiológica”, y de “principio” (que daría lugar, en cambio a las “antinomias impropias”) por el otro. Asimismo se suele distinguir además las incompatibilidades entre “simples normas”, o “reglas” (de detalle), o “precisas disposiciones”, las incompatibilidades entre reglas y “principios” y, finalmente, las incompatibilidades (a veces también denominadas “colisiones” entre principios (pp. 272-273).

2.1.7.4. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas.

Según Chiassoni (2010), se clasifican:

1. Normas contradictorias, normas contrarias: definiciones preliminares.- Sí, para los fines de una teoría analítica de las antinomias, se asume que las normas jurídicas (generales) sean (oportunamente formulables o reformulables) como enunciados sintácticamente condicionales y se considera además, que entre las formas más importantes de incompatibilidad normativa nos sea ante todo la incompatibilidad (que se suele llamarse) “lógica”, el primer concepto de antinomia

puede ser precisado del siguiente modo: *Antinomia* es cualquier situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (clases de supuestos de hecho concretos) consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles.

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

2. Del sentido común de los juristas al pragmatismo de los filósofos.- Las nociones de contradictoriedad y de contrariedad lógica habían sido acuñadas para dar cuenta entre proposiciones (declarativas) y habían sido definidas, en consecuencia, recurriendo a los predicados “verdadero” y “falso”: dos proposiciones son “contrarias”, cuando no pueden ser ambas verdaderas, sino pueden ser ambas falsas; dos proposiciones son en cambio “contradictorias”, cuando no pueden ser ni ambas verdaderas, ni ambas falsas, así que necesariamente una de las dos es verdadera, y la otra es falsa. Sin embargo las normas jurídicas, a diferencia de las proposiciones, no son ni verdaderas, ni falsas. Son según la perspectiva de cada caso adoptada: válidas o inválidas (en algún sentido de “validez” que debe ser cuidadosamente definido), aplicables o inaplicables (al menos prima facies), justas o injustas (respecto a los comunes destinatarios y/o a los órganos de la aplicación), violarles o inviolables, susceptibles de observancia o susceptibles de observancia, utilizables (para algún fin) o inutilizables, etc.

En el ensayo *sui criteri per risolvere le antinomie*, Norberto Bobbio caracteriza la antinomia por contrariedad como la situación de incompatibilidad entre

dos normas, por la que: las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso (concreto), y se trata de establecer cuál de las dos debe ser aplicada, en preferencia de la otra.

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

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

a) El común súbdito del derecho frente a dos normas contradictorias.- Las consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas primarias reconocen a un mismo supuesto de hechos abstracto son contradictorios (o sea: dos normas son contradictorias) si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cual ellos pueden (deónticamente) y/o deban tener (situación de duda práctica); queda sin embargo abierto un curso de acción que no comporta por su parte violación alguna de normas, si las normas antinómicas son normas de conducta; ni eventuales consecuencias desfavorables, si las normas antinómicas son normas atribuidas de status o, en general, normas constitutivas (duda práctica relativa).

b) El común súbdito del derecho frente a dos normas contrarias.- Las

consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas reconocen en un mismo supuesto de hecho abstracto son contrarias (o sea, dos normas son contrarias), si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cuál conducta ellos pueden (deónticamente) y/o deben tener (situación de duda práctica); tales situaciones los ponen frente a un verdadero y propio dilema: hagan cualquier cosa, ellos violarán una u otra de las normas de conducta, exponiéndose a eventuales consecuencias desfavorables (duda práctica absoluta).

c) El juez frente a las antinomias.- La antinomia *por contradictor edad* entre normas primarias puede poner al juez en una situación dudosa si, nos muestra una laguna a nivel de las meta-normas sobre resoluciones de los conflictos. Este problema no surge si se considera que, en situaciones, semejantes el juez tuviese el poder de decidir discrecionalmente cuál de las normas aplicar. Las mismas consideraciones valen, aparentemente, también para las antinomias *por contrariedad entre normas primarias*, en presencia de las cuales, siempre según la propuesta definitoria de Bobbio, el juez: no puede (deónticamente) aplicar ambas; sino debe aplicar, en el segundo de los casos, una bien la otra, o bien ninguna de las dos, aplicando en cambio una tercera norma.

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

La segunda de las situaciones esbozadas primero: la situación del juez en presencia de una antinomia entre normas secundarias. En tal situación, el juez es, por

hipótesis, destinatario al mismo tiempo de dos normas secundarias incompatibles.

Aparentemente, en las siguientes condiciones: que forme parte del ordenamiento: a) una norma que prohíba a los jueces de resolver las antinomias entre las normas secundarias del que sean destinatarios, y b) una norma que excluya el recurso a superiores instancias, para obtener de ellas la resolución de las antinomias, y además, finalmente, c) una norma que imponga juzgar sobre la base de una sola de las dos normas antinómicas, estatuyendo al mismo tiempo su responsabilidad (civil, penal y/o disciplinaria) por haber violado, o también simplemente desatendido, la otra. En estas condiciones, los jueces vendrían efectivamente a encontrarse en una situación como aquella de los comunes súbditos del derecho, e incluso peor en la situación de agentes expuestos a fuerzas que converjan sobre aquellos por direcciones opuestas.

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

Variaciones en Ross.-

i. Antinomias absolutas (totales-totales).- Dos normas son incompatibles en modo absoluto, cuando reconocen al mismo supuesto de hecho abstracto consecuencias jurídicas incompatibles, de modo que los respectivos ámbitos de aplicación coinciden perfectamente, sin reservas, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se superponen perfectamente.

ii. Antinomias relativas unilaterales (parciales unilaterales, totales-parciales).-

Dos normas son incompatibles de modo relativo y unilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hecho abstractos diversos, pero correlativos por un punto de vista conceptual, de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta enteramente incluido en aquella de la otra norma, cuya imagen proyectada es la de dos círculos, uno de los cuales resulta enteramente inscrito en el otro. Cuando eso sucede, se sostiene que entre los dos supuestos de hecho abstractos subsiste una relación de especie género, o sea de especie a especie: de modo que una de las dos normas es “especial” (o “particular”), respecto a la otra que es en cambio, respecto a la primera, (más) “general”.

iii. Antinomias relativas bilaterales (parciales bilaterales, parciales-parciales)

implícitas.- Dos normas son implícitamente incompatibles de modo relativo y bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hechos abstractos diversos, caracterizadas por propiedades conceptuales discordantes pero no recíprocamente exclusivas de modo que, el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluida en aquella de la otra norma, y viceversa, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se intersectan. en particulares circunstancias, teniendo en consideración a las propiedades definitorias de los respectivos supuestos de hecho abstractos y su respectiva extensión, se puede sostener que una de las normas sea una “norma (de derecho) común”, aquella con la extensión mayor o estadísticamente más significativa) y la otra sea en cambio, respecto a la primera, una “norma excepcional”.

iv. Antinomias relativas bilaterales (parciales bilaterales, parciales-parciales)

explícitas.- Dos normas son explícitamente incompatibles de modo relativo y

bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles a dos supuestos de hecho abstractos diversos, caracterizadas por conjuntos de propiedades no recíprocamente exclusivas, en las cuales figuran al menos una propiedad común de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluido en la otra norma, y viceversa (imagen de los dos círculos que se intersectan).

v. Antinomias por exclusividad bilateral.- Dos normas son incompatibles por exclusividad bilateral, cuando reconocen la misma consecuencia jurídica, ambas a título exclusivo, en supuestos de hecho diversos (no importa, si conceptualmente correlativos o discordantes). Cada norma, pone una distinta condición necesaria y suficiente de una cierta consecuencia jurídica.

vi. Antinomias por exclusividad unilateral.- Dos normas son incompatibles por Exclusividad unilateral, cuando reconocen la misma consecuencia jurídica en supuestos de hecho diversos (no importa, si conceptualmente correlativos o discordantes), pero una de ellas a título exclusivo. Una de las dos normas pone una condición necesaria y suficiente de una cierta consecuencia jurídica; con tal que la otra norma ponga, en cambio, una condición suficiente, pero no necesaria, de la misma consecuencia.

Antinomias en abstracto, antinomias en concreto.- Las antinomias absolutas, relativas unilaterales, relativas bilaterales explícitas, por exclusividad bilaterales y por exclusividad unilaterales son *antinomias directas, o en abstracto*, por lo que el conflicto entre las dos normas consideradas de vez en cuando depende, directamente, de su contenido: en particular, del modo en el que son caracterizados los supuestos de hechos abstractos y/o del tipo de conexión lógico-sintáctica que transcurre entre los supuestos de hechos abstractos y las respectivas consecuencias jurídicas.

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

2.1.7.5. Las Antinomias como incompatibilidades no lógicas.

Sostiene Chiassoni (2010) que las situaciones que forman parte de las antinomias impropias son situaciones que merecen atención en sede de análisis de los razonamientos judiciales: en sí y por sus conexiones con las antinomias lógicas. Por ello produciendo algunas modificaciones a la taxonomía de Engisch, es posible distinguir, acerca de la incompatibilidad lógica (y de las antinomias lógicas), no menos de otras cuatro formas de incompatibilidad normativa:

a) Antinomias pragmáticas.- Entre dos normas subsiste una incompatibilidad pragmática o sea una relación de incongruencia instrumental absoluta cada vez que una de las dos normas prescriba comportamientos, o se constituyan estados de cosas, cuya existencia sea (configurable como) una condición optativa respecto a la realización del fin prescrito por la otra norma.

b) Antinomias instrumentales.- Subsisten cada vez que una norma (instrumental) prescriba o constituya condiciones no ya impedidas, insuficientes respecto al objetivo prescrito por una norma final. Eso equivale a sostener que la norma instrumental se

funda sobre un juicio empírico (anancástico o probabilístico) de adecuación instrumental que es falso, o de todos modos infundado.

c) Antinomias axiológicas.- Subsiste una incompatibilidad axiológica entre dos normas, cuando ellas reflejan las valoraciones que son comparativamente incongruentes respecto a una escala de valores comunes. Eso ocurre, cuando las consecuencias jurídicas que las dos normas adscriben a los respectivos supuestos de hecho abstractos no sean (afirmadamente) congruentes respecto al valor, o disvalor, relativo de los dos supuestos de hecho, que puede ser estimado en base a la (presunta) escala de valores comunes.

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

d) Antinomias teleológicas.- Subsiste una incompatibilidad teleológica entre dos normas, si: cada una de las dos normas es una norma final, que prescribe realizar un determinado objetivo (en una medida dada, y/o razonable, y/o razonablemente apreciable); y no es posible realizar conjuntamente los dos objetivos en la medida (considerada) apropiada, porque la consecución del objetivo puesto por una de las dos normas obstaculiza la consecución del objetivo puesto por la otra.

i. Una antinomia teleológica es absoluta, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas es en cada caso impedido de la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa.

ii. Una antinomia teleológica es parcial unilateral, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas es en cada caso impedido por la consecución del fin prescrito por la otra norma, pero no viceversa. Nos son en efecto, por hipótesis, de los modos de perseguir este último fin que no interfieren negativamente con la consecución del otro fin.

iii. Una antinomia teleológica es parcial bilateral, cuando la consecución del fin prescrito por una de las normas está solo en algunos casos impedida la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa (pp. 290-297).

2.1.7.6. Verificación de los conflictos normativos (antinomias e interpretaciones).

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

Las normas son variables dependientes de la interpretación (en tanto tesis de la teoría de las normas).- Las normas jurídicas son esencialmente de dos tipos: normas explícitas y normas implícitas. *Son explícitas las normas* que son (configuradas o configurables como) el significado (o mejor: uno de los posibles significados) de una disposición (comprendiendo por “disposición”, cualquier enunciado del discurso de fuentes).

Son en cambio *implícitas las normas* que: no son (configuradas o configurables como) el significado (o uno de los posibles significados) de una disposición; son en cambio individualizadas sobre la base de una o más normas dadas.

En relación a lo manifestado, refiere Chiassoni (2010) lo siguiente:

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

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

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

Primera interpretación de las disposiciones: compatibilidad absoluta, incompatibilidad relativa, incompatibilidad absoluta.- En la fase de primera

interpretación, el intérprete atribuye a cada una de las dos disposiciones previamente individualizadas en cuanto prima facie relevantes para la solución de una quaestio iuris, abstracta o concreta un primer significado, sobre la base de las directivas primarias del código interpretativo que considera necesario u oportuno utilizar. Los resultados de la fase de primera interpretación, desde el punto de vista de una fenomenología de las antinomias, pueden ser esquemáticamente, los siguientes:

Compatibilidad absoluta: Todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son compatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición; *Incompatibilidad absoluta:* todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición; *Incompatibilidad relativa:* algunos de los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con algunos de los significados adscribibles a la otra disposición.

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

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

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

ii. Prevención de una Antinomia.- Se puede hablar de prevención de una antinomia, igualmente, en dos situaciones: cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad relativa entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones; o cuando el éxito de la primera interpretación de las dos disposiciones sea una situación de incompatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones.

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

2.1.7.7. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias.

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

jurídico pertinente, es decir sectores o bajo sectores de un ordenamiento jurídico.

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

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

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

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

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

paralelamente, “lex inferior” norma inferior, que vale menos que otra en virtud de la (su pertenencia a una clara) forma iuris (que vale menos).

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

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

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

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

B. Criterios de resoluciones sustanciales.- La propiedad considerada

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

i. El criterio de especialidad.- El criterio de especialidad tradicionalmente expresado con el vocablo: *lex specialis derogat legi generali* establece que, dada una incompatibilidad normativa, la norma que disciplina la especie prevalece sobre la norma que disciplina el género en la cual aquella especie está incluida. Sirve típicamente para resolver las antinomias relativas unilaterales (las antinomias totales-parciales de Ross) y comporta la abrogación parcial (o derogación) de la norma general. La aplicación del criterio de especialidad es pacífica en cuanto concierne a las antinomias entre normas que sean contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente. Fuera de estos casos, la aplicación del criterio de especialidad interfiere fatalmente con aquella del criterio cronológico (normas especiales anteriores y congéneres), del criterio jerárquico (normas especiales inferiores), y del criterio de competencia (normas especiales pertenecientes a una fuente incompetente).

ii. El criterio de excepcionalidad.- Es a menudo confundido con el criterio de especialidad, y por eso, a veces se le hace referencia usando el mismo vocablo: *Lex speciali derogat legi generali*. Encuentra aplicación en presencia de antinomias distintas de aquellas a las cuales se aplica el criterio de especialidad, así como también puede servir para resolver antinomias parciales bilaterales (antinomias parciales-parciales de Rosss de los dos tipos primero considerados), y además las antinomias por exclusividad unilateral. Al parecer sirve pacíficamente para resolver antinomias entre normas que sean: contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente o sea a fuentes equiordenantes, y tiene por efecto la parcial abrogación

(derogación) de la norma común.

iii. El criterio axiológico.- Es un criterio residual, que encuentra aplicación en el caso de que no sea posible aplicar los otros criterios considerados. Se piensa en un conflicto entre dos normas que sean, por un tiempo: congéneres o, pares ordenados y equicompetentes, contemporáneas, no en relación de especie a género, ni finalmente, en relación de excepción a norma común.

iv. Este puede ser usado, además, como un metacriterio de resoluciones de las antinomias entre criterios: como se ha visto tratando del conflicto entre criterio de especialidad y criterio cronológico (p. 310-316).

2.1.8. El derecho a la debida motivación.

2.1.8.1. *Importancia de la debida motivación.*

Si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna y por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas. Por ello el razonar del juez es un continuo ejercicio por construir buenas razones, por edificar permanentemente el respeto por las reglas de la lógica y por lograr una pretensión de corrección que finalmente persuada, es aquí donde se expresa con calidad propia una decisión judicial.

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

En cuanto a la labor de nuestros jueces y fiscales en cuanto a la construcción de sus decisiones judiciales deben ir siempre acompañadas por los estándares de la lógica como de una adecuada justificación de argumentos. Por ello el razonamiento de las premisas puede llevar valederamente a una conclusión, encontrándose el valor de la lógica para la disciplina del derecho en general, que exista una congruencia de conclusiones valederas. Sin embargo la lógica solo nos garantiza la validez formal de las premisas, es decir, sus asertos, pero no garantiza la verdad material de estas, lo que nos llevaría a cerciorarnos de que las premisas sean realmente verdaderas, es decir a una constatación de las premisas. Tal como sostiene Figueroa (2014) Ante una adecuada secuencia en la construcción del razonamiento jurídico se requiere cual es la adecuada justificación de las decisiones judiciales expresada en respectivos argumentos, por ello es importante tener consideración los siguientes aspectos relacionados al tema:

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

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

administrativas. Resolviendo los jueces las controversias en función al ordenamiento jurídico como un todo.

De coherencia.- En razón de que el todo armónico puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, normas que eventualmente pueden llegar a contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, siendo resueltas por los jueces del estado constitucional de diversas formas: por métodos de solución de antinomias bajo criterios *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat anterior* o *lex specialis derogat generalis* cuando trata de conflictos normativos, o bajo otros parámetros: ponderación y principio de proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas-principios. Frente a lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico, estos deben ser cubiertos, razón por la cual ante los conflictos normativos o colisiones de principios, el juez ante la no presencia de una norma-regla, ley o reglamento que pueda resolver la controversia, tendrá que invocar principios, entendidos como mandatos de optimización, para poder dar solución al conflicto, más aún si se trata de derechos fundamentales. Por eso se debe entender a la teoría del Derecho Constitucional, como una teoría de la integración, en el sentido que siendo insuficiente resolver los conflictos con la ayuda de normas-regla, deba acudir a los contenidos de las normas-principio como manifestaciones de optimización de los derechos fundamentales.

ii. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.- *El contexto de descubrimiento* no asume relevancia en la argumentación constitucional de los jueces en tanto no es exigible, racionalmente, la explicación de por qué se adoptó una u otra posición interpretativa, pues en gran medida, este tipo de contexto tiene lugar

respecto a los criterios de valoración del Juez, a su formación, a su propia idiosincrasia frente a determinados problemas, a cómo ve un determinado problema con relevancia constitucional, entre otros fundamentos de su fuero interno. En ello no puede realizarse un escrutinio de fondo de la decisión pues en este caso, el derecho es explicación, solamente es una enunciación de posición.

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

Sin embargo, en el contexto de justificación, el juez, se ve impelido para expresar, una a una, las razones, normativas, fácticas o de principios, que le conceden fuerza a su decisión

y que propiamente satisfacen la exigencia de una justificación. Si la decisión judicial adolece de estas condiciones mínimas, existe la posibilidad del ejercicio de la corrección bajo las reglas del principio de pluralidad de instancias.

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

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

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

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

2.1.9. La sentencia casatoria penal.

2.9.1. Definiciones.

Según Carrión (2012). Dicho ordenamiento prevé, entre otros, el control casatorio de la indebida aplicación, la errónea interpretación y la no aplicación de la ley penal y de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; el control casatorio de la logicidad de las resoluciones judiciales; el control casatorio del apartamiento indebido de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional (p. 23).

El recurso de casación tiene por objeto comprobar la correcta aplicación de la ley al caso juzgado. Consecuentemente su fundamento es la infracción de una disposición legal aplicada, siendo que la ley penal puede haber sido infringida en forma directa o indirecta tal como sostiene Bacigalupo (citado por Benavente y Aylas, 2010) “En *forma directa* cuando el tribunal ha subsumido incorrectamente bajo determinada ley penal un hecho correctamente determinado. En forma *indirecta*, por el contrario,

cuando la subsunción es en sí misma correcta, pero los hechos han sido incorrectamente establecidos. Siendo que en este último supuesto, por lo general, se trata de la infracción de los preceptos constitucionales que excluyen la arbitrariedad y establecen los principios según los cuales no es posible valorar ciertas pruebas o exigen que el tribunal se ajuste a criterios racionales en la determinación de los hechos” (p. 34).

Este recurso se encuentra previsto en el artículo 427 y siguientes del CPP, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. Se trata de una apelación devolutiva,

Limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: in iudicando como in procedendo. De ahí que queden excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito (el in iudicando in factum), en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba.

Cabe señalar también lo sostenido por Díaz (2014) quien refiere: Recurso de impugnación de carácter extraordinario, limitado e inimpugnable, que se interpone para ser resuelto por la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial, con la finalidad de que se anulen determinadas sentencias o autos que ponen fin al proceso, cuando contravienen la Constitución, las normas legales de carácter sustancial o procesal cuyo incumplimiento es sancionado con nulidad, la lógica o la jurisprudencia de carácter vinculante emitida por la corte Suprema o el

Tribunal Constitucional. (p.47)

2.1.9.2. La casación penal en algunas legislaciones extranjeras.

Según Carrión (2012), señala algunas legislaciones extranjeras que regulan el recurso de casación en lo penal y que tiene bastante semejanza con nuestro ordenamiento.

a.- El recurso de casación penal en España

En su concepción contemporánea, prevé el recurso de casación por infracción de la ley y por quebrantamiento de forma. En lo que interesa anotar para este comentario, se establecen, pues, en lo sustancial, dos tipos de causales de recurso de casación en lo penal. Por un lado, se concibe como una causal la violación o la infracción de la ley (se entiende: de la ley sustantiva), donde se controla la labor de aplicación o de interpretación de las normas jurídicas materiales ejercidas por los organismos de instancia o de merito, y por otro lado, se concibe como causal el quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, donde se controla la correcta observancia de las normas procesales o de tramite desarrollada por las instancias judiciales.

b.- El recurso de casación penal en Colombia

Actualmente, en el ordenamiento procesal penal vigente, el Código de Procedimiento Penal de Colombia, promulgado por ley N° 600 de 24 de julio del 2000, señala como causales del recurso cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho material. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los rasgos formulados en la resolución de acusación y cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

c.- El recurso de casación penal en la provincia de Córdoba de la República Argentina.

El código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, de la República Argentina ha sido promulgado el 28 de agosto de 1930. Dicho ordenamiento que el recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

C.1.- Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (Art. 468, inc. 1, CPP de Cord.). Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada que no hayan influido en la parte resolutive no la anularan, pero deberán ser corregidas, también lo serán los errores materiales en la designación o el computo de las penas.

C.2.- Inobservancia de las normas que este código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiere reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación. En este supuesto, el Tribunal anulara la resolución impugnada y procederá conforme a los artículos 190 y 191 de indicado código, entre otros ordenando la renovación o rectificación de los actos anulados.

d.- El recurso de casación penal en Costa Rica.

El Código de Procedimientos Penales de Costa Rica Data de 10 de abril de 1996, fecha en que se promulgo. De acuerdo a dicho ordenamiento el recurso de casación puede proponerse invocándose; La inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal (ley sustantiva). No prevé la errónea interpretación de una norma material. Dicho numeral, invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto del procedimiento, el recurso será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho propuesta de recurrir en casación, salvo en

los casos de defectos absolutos y los producidos después de clausurado el debate

e.- El recurso de casación penal en Bolivia

El código Procesal Penal de Bolivia data de la fecha de promulgación, ocurrida el 25 de marzo de 1999. Conforme a este Código, el recurso de casación procede para impugnar Autos de Vista dictados por las Cortes Superiores de Justicia contrarios a otros precedentes pronunciados por otras Cortes Superiores de justicia o por la sala penal de Corte Suprema. El precedente contradictorio deberá invocarse por el recurrente al tiempo de interponer la apelación restringida. Se entenderá que existe contradicción, cuando ante una situación de hecho similar, el sentido jurídico que le asigna el Auto de Vista recurrido no coincida con el del precedente, sea por haberse aplicado normas distintas o una misma norma con diversos alcances (p. 21).

2.1.9.3. Causales para la interposición de recurso de casación.

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

Según Lugo (2012), en efecto, tienen que fijarse en función de las finalidades del medio impugnatorio. En esa línea, el legislador, al establecer las causales del recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal, ha señalado lo siguiente; La indebida aplicación, la errónea interpretación y la no aplicación de una norma de Derecho Penal sustantivo (Art. 429, inc. 3, NCPP). En estos casos, como ocurre en la casación civil, lo que se pretende es controlar la correcta observancia de normas sustantivas de Derecho Penal.

En igual sentido, cuando el nuevo Código Procesal Penal establece como motivación el hecho de que al emitirse una sentencia o auto se hubiera inobservado

(no aplicado) derechos de rango constitucional (no rango legal) de carácter material o procesal o se hubiera producido una indebida o errónea aplicación de dichos derechos se está dentro de la finalidad nomofiláctica del recurso.

Según Carrión (2012), lo que se ha propuesto, como fluye de su texto, es estatuir el control de la correcta aplicación de las normas legales sustantivas y procesales, proscribiendo la indebida aplicación, la errónea interpretación o la falta de aplicación de la ley penal; la debida observancia de los derechos y garantías constitucionales de carácter material y procesal; la adecuada aplicación de la doctrina jurisprudencial que se elabore en los plenos casatorio ; el control de la correcta observancia de las reglas de la lógica. Por ello, sostenemos que si bien el Nuevo Código Procesal Penal no contiene una norma que precise los fines del recurso de casación, del texto del artículo 429, que regula las causales del recurso, se infieren las finalidades del medio impugnatorio (p. 74).

2.1.9.3.1. Infracción de preceptos Constitucionales.

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

constitucional o se haya realizado una interpretación errónea de alguna de ellas. Los supuestos de vulneración de garantías constitucionales, sea, por su inobservancia, aplicación indebida o su errónea interpretación, se encuentra en directa relación con la naturaleza de los órganos jurisdiccionales ordinarios, como defensores inmediatos de la Constitución y con la obligación de preferir la Constitución antes que a una norma legal ordinaria prevista en el artículo 138 de nuestra Carta Magna. Compartiéndose lo sostenido por Iguarán (citado por Díaz, 2014) “Hoy se busca principalmente con el recurso de casación la efectivización de los derechos, en especial la de los derechos fundamentales, en el entendido que estos cumplen una función integradora e inspiradora de todo el ordenamiento jurídico y realizar la interpretación de todas las normas e instituciones del ordenamiento” (p. 69).

Cabiendo señalar lo expresado por Díaz (2014) que “el recurso de casación no debe quedarse en los supuestos de contravención de las disposiciones constitucionales sino que también debe proceder cuando se hubiera desconocido o vulnerado tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Perú forma parte y la decisión de la Corte Interamericana en esta materia” (p. 70).

Según Carrión (2012), cuando la causal en estudio se refiere a las garantías constitucionales se está clara alusión no solo a los derechos consagrados por nuestra carta política, sino también a los consagrados por ordenamientos internacionales de los cuales el Perú es suscriptor, como la Declaración de los Derechos del Hombre, que propicio y propicia como un ideal común para ser alcanzado por todos los pueblos y todos los hombres. Es que a través de la historia de la humanidad han surgido ideologías que se han encargado de explicitar y justificar atrocidades perpetradas contra los hombres (p. 77).

2.1.9.3.2. Infracción de normas sustanciales.

Carrión (2012), en este caso, igual como hemos expuesto al tratar de la aplicación de una norma de derecho material, para determinar si hubo o no inaplicación de una norma sustantiva por la Sala Penal Superior al resolver la causa, se tiene que examinar y determinar los hechos acreditados en el proceso tendientes a acreditar el hecho delictuoso materia del proceso, así como la responsabilidad del imputado (p. 89).

Conocido como vicios o *errores in iudicando*, (inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva) se produce cuando se infringen normas del Código Penal o leyes específicas en la que se define los elementos estructurales de los ilícitos penales, como son: la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, el grado de desarrollo del delito, la autoría y participación, la pena y medidas de seguridad, así como los criterios para su aplicación: Esta causal puede presentarse en tres circunstancias:

- a) Cuando no se aplica una norma que debía aplicarse al caso concreto.
- b) Cuando se aplica de manera indebida una norma.
- c) Cuando se aplica de manera correcta la norma al caso concreto, sin embargo, se realiza una interpretación errónea de la misma.

De lo señalado, se comparte con Maier (citado por Díaz, 2014) “En este supuesto el tribunal de casación examina si la sentencia objeto del recurso arroja un resultado que satisfaga los principios que gobiernan la interpretación y aplicación de la ley penal” (p. 71).

2.1.9.3.3. Infracción de normas procesales.

El proceso penal está sujeto a determinadas formalidades que no tienen una

justificación en sí mismas, sino que son necesarias en la medida que garantizan el respeto de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la defensa, la pluralidad de instancias, el derecho a un recurso rápido y efectivo, entre otros derechos de orden procesal, por lo que, cuando se habla de infracción de orden procesal se está haciendo referencia a la inobservancia de aquellas normas legales de orden procesal que por su importancia en el proceso son sancionados con nulidad. Estas normas de orden procesal podrían estar referidas al trámite mismo del proceso o al reconocimiento de derechos de los sujetos procesales que el órgano jurisdiccional está obligado a respetar.

Menciona Carrión (2012), indudablemente que esta causal tiene que ver contra la convención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Nuestro ordenamiento jurídico procesal penal en estudio distingue entre nulidades absolutas y nulidades relativas. El artículo 150 del código procesal Penal regula los supuestos en los que se presentan las nulidades absolutas, mientras que el artículo 151 establece los supuestos que se configuran las nulidades elativas. El inciso 2 el artículo 429 del Código Procesal Penal prevé como causal la “inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionados con la nulidad”, sin precisar a qué tipo de nulidades se refiere (p. 81).

2.1.9.3.4. Infracción a la logicidad de la sentencia.

Se produce cuando el razonamiento realizado en la sentencia o auto objeto de casación viola los principios lógicos, así como las reglas de la experiencia, así por ejemplo puede darse que en una sentencia se den argumentos a favor de la absolución de una persona, y sin embargo, se termine condenando, o cuando se dan argumentos contrapuestos, esto es, cuando en algunos considerandos de la sentencia

se n argumentos a favor de la absolución y en otros argumentos a favor de la condena y no se explica por qué se opta por una u otra alternativa. Por lo que la inclusión de esta causal para interponer el recurso de casación, resultará útil, pues aunque no resulte creíble, en la actualidad aún se evidencian sentencias con contenido interno contradictorio.

2.1.9.3.5. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la corte suprema.

Este supuesto se presenta cuando el órgano jurisdiccional se aparta de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema o la que emite el Tribunal Constitucional, conocido también como recurso de casación en interés casacional, señalando que esta causal no se encontraba estipulada en el Código Procesal Penal de 1991, cabe precisar que la *doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema* son aquellos conceptos o definiciones que realiza la Corte Suprema como máximo órgano del Poder Judicial y a los que se hace referencia expresamente el artículo 433 del CPP. En cuanto a la *doctrina constitucional del Tribunal Constitucional*, en sentencia del 19 Abril del 2007 (Exp. N° 4853-2004-PA/TC), ha considerado:

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

Por lo que se comparte con el autor Díaz (2014), que dicha causal debería ser modificada a fin de incluir el apartamiento de los “precedentes constitucionales”

emitidos por el Tribunal Constitucional, pues estos son distintos a la doctrina constitucional en la medida que estos, regulados en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, son reglas jurídicas que establecen de manera expresa el Tribunal Constitucional al resolver un caso concreto y que debe ser de observancia obligatoria para todos los poderes y organismos del Estado, inclusive para el propio Tribunal Constitucional, quien para apartarse del precedente deberá expresar las razones por las cuales se está apartando (p. 73).

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

2.1.9.3.5. Causales según caso en estudio.

Por ejecutoria Suprema del diecinueve de octubre de dos mil doce el supremo tribunal declaro bien concedido el recurso de casación; por la siguiente causal **Infracción a las normas constitucionales.**

- Inobservancia de la garantía constitucional referida a la vulneración del debido proceso, relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente en cuanto a las dos pericias medico legales tomadas en cuenta por el juzgador al momento de resolver , y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres , numeral tercero del código penal.

2.1.9.3.6. Características de la casación.

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

i. Naturaleza Jurisdiccional.- En la actualidad, a diferencia de lo que ocurría con el Tribunal de Casación que dependía del órgano legislativo, el órgano que

resuelve el recurso extraordinario de casación tiene naturaleza jurisdiccional.

ii. Recurso extraordinario.- Debido a que solo puede ser interpuesta frente a determinadas resoluciones y por los motivos expresamente señalados en la ley, ello supone la existencia de otros medios de impugnación ordinarios que garanticen la pluralidad de instancias reconocido en el numeral 6 del artículo 139 de nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el párrafo 5 del artículo 14 dispone que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por ley”, en igual sentido la Convención Americana dispone en el literal h) de su artículo 8.2, que toda persona acusada de un delito “tiene derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”.

Respecto a esta característica el artículo 427 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación solo procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

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

debe tener señalado en la Ley, en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años.

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

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

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

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

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

“(...) el efecto no suspensivo del recurso acaece en los orígenes de la casación como consecuencia de que el Tribunal de Cassation no era un órgano

jurisdiccional, no pudiendo por lo tanto suspender las decisiones de la jurisdicción sin romper la división de poderes (...)” (p. 50).

iv. No constituye un reexamen de la controversia.- Esta característica tiene su origen en el artículo 3 de los decretos de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, que regulaba las funciones del Tribunal de Cassation , en el que se establecía expresamente la prohibición para dicha instancia de entrar a conocer el fondo del conflicto intersubjetivo o social, lo que como refiere, Vecina, era coherente con su función netamente nomofiláctica (en la medida que un error en la calificación de los hechos no menoscababa, al menos directamente, la obra del legislador) y su carácter no jurisdiccional (pues conforme a ello el Tribunal de Cassation no tenía potestad para resolver sobre el fondo de la controversia y solo se limitaba a declarar la nulidad de la resolución) (Díaz, 2014, p. 50).

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

Por lo que para Nieva esta característica del recurso de casación, de no poder discutir sobre los hechos, está vinculada y configura decisivamente la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Esta limitación del recurso de casación se encuentra reconocida en el numeral 2 del artículo 432 del Código Procesal Penal que

expresamente dispone que: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia casatoria”.

v. Limitado.- El artículo 432 del Código Procesal Penal, en el que se fija la competencia y los límites del pronunciamiento de la Corte Suprema, se señala que la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce solo sobre errores jurídicos que pudiera contener la resolución recurrida y que hayan sido objeto de impugnación por la parte recurrente. Una cuestión importante es que el carácter limitado de la casación, solo es factible en aquellos ordenamientos jurídicos en que el recurso de casación constituye una forma de llegar a una “tercera instancia”, más no así, en aquellos ordenamientos jurídicos en que sustituye al recurso de apelación pues en dicho caso, poner limitaciones al recurso de casación constituye una vulneración a un derecho fundamental como lo es el derecho a la pluralidad de instancias.

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

2.1.9.4. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano

Respecto a la legislación nacional, se debe precisar que el Código de Procedimientos Penales de 1940 no contemplaba el recurso de casación dentro de los

recursos que podrían interponerse en el proceso penal, pues solo contemplaba los recursos ordinarios. Fue recién con el Código Procesal Penal de 1991 que se incorporó por primera vez el recurso de casación en materia penal, sin embargo, las disposiciones referidas a dicho recurso extraordinario nunca entraron en vigencia.

Menciona Carrión (2012). El Código de 1991 debió de entrar en vigencia en mayo de 1992, pero ello no fue posible por interrupción del régimen democrático en abril de 1992 producido por el gobierno de facto de Fujimori. Entre 1995 y 1997, se produjeron dos intentos de reformas. En 1995, el congreso de la República aprobó un Código Procesal Penal, el mismo que fue observado por el Poder Ejecutivo mediante Oficio N° 008-96-PR de 12 de enero de 1996. El texto de 1997, aprobado en el congreso, fue observado por el Ejecutivo argumentando problemas presupuestales y de capacitación de los operadores.

Finalmente, es con el Código Procesal Penal de 2004 en el libro IV la impugnación, en la sección V que contiene los artículos 427 al 436 ha incorporado la casación como un recurso extraordinario, debiendo de concordar estas disposiciones con la sección primera del mismo libro referido a los preceptos generales de la impugnación (artículos 404 al 412) y las disposiciones de la sección segunda referidos a las clases de medios impugnatorios y el plazo para interponerlos (artículos 413 y 414):

Según Carrión (2012), si bien el código Procesal Penal vigente parcialmente desde el 2014 tampoco señala cuales son las finalidades del recurso de casación, posiblemente el criterio de los que lo han estructurado es el de remitirse en este punto al ordenamiento procesal civil. En ese sentido, incluso fue la opinión del Jurista Ore Guardia, especialista en materia procesal penal, expuesta a un seminario que sobre

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal se desarrolló en la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La casación previstas en el vigente Código Procesal Penal llegamos a la determinación que este cuerpo procesal prevé como finalidad del recurso no solo la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica, material y procesal, sino también la unificación de los criterios de decisión jurisdiccional, propiciando la pre4minencia de la doctrina jurisprudencial o de la llamada política de los precedentes vinculantes. No obstante lo expuesto, para que el actual Código Procesal Penal constituya un cuerpo orgánico, lo más completo que sea posible, para evitar dudas en su concepción, ha debido consignarse un artículo que señale en forma concreta las finalidades del recurso de casación en material procesal penal para de ese modo también de distinguirlo de las finalidades de la actividad jurisdiccional en sentido estricto. Precisamos que el recurso de casación es un medio impugnatorio que se utiliza dentro del proceso y el proceso, por su lado, es un instrumento para el ejercicio por el estado de la función jurisdiccional. No debemos dejar de considerar que las reglas procesales deben ser claras y precisas, debiendo, en su estructura, incluso, guardar un orden lógico de secuencias, permitiendo así un adecuado manejo para los operadores del proceso. (p. 27).

Artículo 427.- Procedencia

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

2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el

numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:

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

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

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

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

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

Artículo 428.- Desestimación

1. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:

a) No se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429;

b) Se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;

c) Se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,

d) El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera

instancia, si esta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso; o si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

2. También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:

a) Carezca manifiestamente de fundamento;

b) Se hubiera desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.

3. En estos casos la inadmisibilidad del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a algunos de ellos.

Artículo 429.- Causales

Son causales para interponer recurso de casación:

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

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

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

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

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

Artículo 430.- Interposition y admission

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.
2. Interpuesto el recurso de casación, la Sala Penal Superior solo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen distintas de los enumerados en el código.
3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.
4. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.
5. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de

expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.

6. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

Artículo 431.- Preparación y audiencia

1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.

2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación.

3. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si existen varios recurrentes, se seguirá el orden fijado en el numeral 5) del artículo 424, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.

4. Culminada la audiencia, la sala procederá, en lo pertinente, conforme a los numerales

1) y 4) del artículo 425. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte con cuatro votos conformes.

Artículo 432.- Competencia

1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del

proceso solo cuando a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

2. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos.

3. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyen en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

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

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

Al respecto, la sentencia casatoria es la resolución o ejecutoria suprema que dicta, en este caso, la Sala Penal de la Corte Suprema, luego de haberse desarrollado la audiencia de casación. En ese sentido, hay un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión impugnatoria, donde el órgano casatorio analiza la presencia o no de una infracción de derecho, y si lo hubiese, procederá a la corrección respectiva. Ahora bien, la función de corregir la infracción normativa dependerá del tipo de error detectado por el tribunal de casación:

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

misma. Es lo que se conoce como sistema de casación sin reenvío, donde el propio órgano casatorio establece una nueva situación jurídica en cuanto a los hechos materia

de proceso. En el caso penal, ello significaría condenar o absolver al procesado; y si es condena, establecer el tipo penal, si hay agravantes o atenuantes, el quantum de la sanción punitiva, así como la presencia de medios alternativos o sustitutos a la ejecución de la pena privativa de libertad.

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

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

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

Si es un error in cogitando, lo usual es que se aplique las reglas de la casación sin reenvío, dado que, si se está ante una deficiente motivación de la sentencia, la Sala Penal de la Corte Suprema, aplicando su función correctora, establecerá un marco

jurídico aplicable al caso concreto con los fundamentos normativos adecuados.

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

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

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

Artículo 434.- Efectos de la anulación

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

Artículo 435.- Libertad del imputado

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

Artículo 436.- Improcedencia de recursos.

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

2.1.9.5. Fines del recurso de casación penal

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

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

También llamada función dikelógica, el recurso de casación no deja de ser un recurso extraordinario, a favor de una de las partes del proceso penal que no se encuentre conforme con determinada decisión jurisdiccional taxativamente señaladas en las disposiciones legales, así, a través del recurso de casación, el recurrente persigue, la reparación de un agravio producido en su contra. En el mismo sentido Benavente (citado por Díaz, 2014) refiere: “Por la función dikelógica se busca hacer justicia del caso concreto, apareciendo así como un medio impugnativo (recurso) impulsando por el particular que sufre el agravio de la sentencia. Conseguir justicia al caso concreto, es el fin real que tiene un abogado al sustentar la casación (...) el riesgo de este fin es que se consideraría al tribunal de casación como una tercera instancia; ya que si bien la actividad casatoria persigue desde sus orígenes la preservación y aplicación correcta del derecho objetivo, no se puede dejar de lado la existencia del agravio de carácter subjetivo” (p. 62).

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

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

B) Fines Mediatos

Según Benavente (2010) son las siguientes funciones:

Finalidad protectora de las garantías constitucionales.- El artículo 429, inciso 1) del Código Procesal Penal precisa que el recurso de casación procede cuando la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

Sobre esta finalidad, González-Cuéllar, (citado por Benevente y Aylas, 2010) refiere: “en conexión con la defensa del *ius litigatoris* (que en el caso español está traducido en los derechos fundamentales de la persona) y el carácter subsidiario del amparo, comenta que no es dudoso que en la actualidad pueda reputarse como fin de la casación de protección de derechos fundamentales. De esta forma, tanto el Tribunal Supremo como el recurso de casación se constituirían en filtro que aliviaría de trabajo al Tribunal Constitucional, especialmente si, de *lege ferenda*, se impide recurrir al proceso de amparo para enjuiciar la constitucionalidad de una sentencia si no lo hizo antes el tribunal Supremo a través del recurso de casación. La protección de los derechos fundamentales se erigiría, de esta forma, en motivo de casación junto al esencial de unificación de la doctrina jurisprudencial. En similar sentido, Gimeno Sendra relata la función de cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento, así como Neyra Flores, al enlazar esta finalidad con el *ius constitutione*. Sin embargo, se critica esta finalidad, dado que, resulta complicado distinguir, en el caso concreto, si una infracción a las garantías constitucionales justifica la interposición de la casación penal, o bien, la interposición de una demanda de *habeas corpus* o amparo, según fuese el caso

máxime si en ambos supuestos se cumple con el requisito del no consentimiento, por parte del agraviado, de la resolución judicial cuestionada. Y esta situación se agrava si en países como España o Colombia una de las mayores falencias es el retraso en la justicia penal, cuando el justiciable disconforme con las resultas de la casación penal ventilada en el tribunal o Corte Suprema recurre a la jurisdicción constitucional so pretexto de la inobservancia de principios o garantías constitucionales, que a su vez, atentan contra derechos constitucionales” (pp. 59-60). Esta preocupación también la expresa el jurista español Vicente Guzmán, quien precisa que el verdadero filtro para la protección de los derechos fundamentales es el amparo, debiéndose centrar la casación en el cumplimiento exclusivo de la tarea unificadora.

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

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

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

acceso a la casación de las infracciones de normas procesales.

En principio, no todas las infracciones de ley procesal constituyen motivo para recurrir en casación, sino solo aquellas que por su gravedad pueden repercutir en la validez de la relación procesal, especialmente en la sentencia. Frente a ello, compete al legislador establecer concretos y tasados casos en los que los errores in procedendo se estiman motivo de casación. Y es la interpretación que se debe dar al inciso 2) del artículo 429 del Código Procesal Penal, dado que nos remite a aquellas leyes procesales cuya inobservancia, expresamente, está sancionada con nulidad. Por otro lado, en la gran mayoría de los casos en los que se produce una infracción de ley procesal, difícilmente puede justificarse que el recurso de casación cumpla una exclusiva misión de uniformar la jurisprudencia, porque se trata de preceptos que normalmente no implican interpretación: se aplican o se inaplican, se cumplen o se incumplen, pero difícilmente pueden existir discrepancias judiciales sobre su sentido o significado. Pero, puede afirmarse, que es posible y necesaria la unificación en la aplicación de la ley, aunque esta sea en muchas ocasiones simple resultado indisociable del mismo ejercicio del control casacional Chiovenda (citado por Benavente y Aylas, 2014, p. 61).

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

Unificación de la Jurisprudencia.- El recurso de casación busca que exista un

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

El Código Procesal Penal ha reconocido esta función de la casación al señalar de manera expresa en su artículo 433, numerales 3 y 4, la posibilidad de que la Sala de oficio o a pedido del representante del Ministerio Público pueda decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra expresa la modifique. En el supuesto de que existieran otras salas penales, diferentes a la Sala Penal que está viendo el recurso, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al pleno casatorio de los vocales en lo penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta, para este supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva.

De igual manera, si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus

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

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

Finalidad de control de la logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales.-

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

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

derecho, sea por defectos de fondo o de forma. Este fin es conocido como de control de la logicidad de las sentencias (p. 62).

En ese sentido, será la motivación que el juez presente en sus resoluciones la que nos indique si este razonó correctamente o violó las reglas lógicas. Cuando el juez comete algún error en su razonamiento o viola las reglas de la lógica, la doctrina señala que su decisión presenta un error in cogitando, dando con ello origen a un control de logicidad de las resoluciones judiciales. Para Zavaleta Rodríguez, los errores in cogitando son aquellos vicios del razonamiento derivados de la infracción de los principios y las reglas de la argumentación, relacionados con el defecto o la ausencia de las premisas mayor o menor de la inferencia jurídica (Benavente y Aylas, 2010, p. 62). Desde esta perspectiva teleológica, la inadecuada valoración de las pruebas solo podrá ser revisada cuando se infringe un principio lógico, pero no cuando se viola una máxima de la experiencia; es decir, no se permite un control íntegro del respeto del método de valoración de las reglas de la sana crítica. En suma, el error in cogitando puede presentarse, por un lado, por la falta de claridad de los hechos, o, por otro lado, de los datos jurídicos. Con relación al *primer supuesto*, se produce cuando la relación de los hechos probados que se hace en la sentencia aparece confusa, dubitativa, imprecisa. En este caso el juzgador ha empleado expresiones ininteligibles u oscuras, que hacen difícil la comprensión del relato, o incurrido en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos. Sin embargo, estas deficiencias, para constituir un motivo valedero de casación (penal), explica Luzón Cuesta, deben estar en conexión con los Condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados, provocando una laguna o vacío en la

descripción histórica de estos, que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica, de forma que no puede orientar, dentro del silogismo en que la sentencia queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio o absolutorio (Benavente y Aylas, 2010, p. 63).

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

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

2.1.9.6. Clases de casación.

Por su amplitud

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

i. *Recurso de casación ordinaria.*- Es el recurso de casación per se, que para su admisión y trámite se requiere que cumpla con los presupuestos legales establecidos de manera taxativa por el Código Procesal Penal, pues de lo contrario debe ser declarado inadmisibile.

ii. *Recurso de casación discrecional.*- Los autores Velásquez Niño y Sánchez Herrera, comentando la legislación colombiana, refieren que el recurso de casación recibe el nombre de discrecional porque no es un imperativo concederlo, sino que la Corte, a su arbitrio, decide si admite o no el recurso cuando considere que es conveniente para el desarrollo de la jurisprudencia o como garantía de los derechos fundamentales (Benavente y Aylas, 2014, p. 53).

En nuestra legislación nacional este tipo de casación se encuentra regulado en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal, pues en él se dispone expresamente: “Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. Como una exigencia adicional, el Código Procesal Penal en el numeral 3 del artículo 430, establece que si se invoca esta casación discrecional, sin perjuicio de señalar y justificar la causal que corresponde conforme el artículo 429, el impugnante deberá consignar de manera puntual las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende; en consecuencia, la Sala Penal

Superior antes de conceder el recurso de casación planteado, además de verificar el cumplimiento de las formalidades exigidas por el artículo 405 del Código Procesal Penal y que se invoque alguna de las causales enumerados en el artículo 429 del citado Código, deberá constatar la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

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

Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento

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

a) Casación penal constitucional.- Se plantea cuando la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías o se ha pronunciado en contra de la doctrina jurisprudencial que para tales temas ha establecido la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Se evidencia en los numerales 1) y 5) del artículo 429 del CPP.

b) Casación penal procesal.- También conocida como quebrantamiento de forma; se plantea cuando la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. Se evidencia en el numeral 3) del artículo 429 del CPP.

c) Casación penal sustantiva.- Se plantea cuando la sentencia o auto importa

una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas. Se evidencia en los numerales 2) y 4) del artículo 429 del CPP (pp. 64-65).

2.1.9.7. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación.

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

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

a) Al interponerse el recurso de casación se debe indicar de manera expresa la causal por la que se interpone dicho recurso; en el caso que se interponga el recurso de casación por más de una causal se debe fundamentar cada una de ellas por separado.

b) Solo debe interponerse contra las sentencias y autos expresamente señalados en el artículo 427 del nuevo Código Procesal Penal.

c) La parte que interpone el recurso de casación no debe haber consentido previamente la resolución adversa de primera instancia que es confirmada por la resolución objeto del recurso.

d) No se debe invocar violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos del recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia o auto emitido en primera instancia.

e) Cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales al recurso de casación interpuesto es necesario dar argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida por la

Corte Suprema.

f) El recurrente debe citar concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

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

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

a) El recurso de casación debe ser interpuesto por quien resulte agraviado por la resolución impugnada, tenga interés legítimo y se halle facultado para interponer el recurso, incluso el Ministerio Público puede recurrir a favor del imputado.

b) El recurso de casación debe ser presentado por escrito y en el plazo de 10 días contado a partir de la fecha en que el recurrente es notificado con la resolución que impugna.

2.1.9.8. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 427, numeral 2) del Código Procesal Penal del 2004, la procedencia del recurso de casación está sujeta a las siguientes limitaciones, las cuales son debidamente expuestas por Benavente y Aylas (2014): **Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el**

delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.- Siendo la casación un recurso impugnatorio excepcional que no conlleva el inicio a una tercera instancia, sino el análisis de la legalidad y logicidad de aquellas resoluciones judiciales señaladas en el punto anterior, expedidas por la Sala Penal Superior, se tiene que el texto adjetivo ha establecido restricciones o limitaciones en el objeto de conocimientos, por parte de órgano casatorio. Así, la primera limitación gira en torno a los autos que ponen fin al procedimiento por ejemplo, aquella que declara fundada una excepción perentoria donde el delito más grave debe estar sancionado, en su extremo mínimo, con una pena privativa de libertad mayor de seis años.

En ese sentido, el empleo del quantum de la pena sirve para determinar que solamente casos de relevancia jurídico-penal, es decir, aquellos que presentan una grave afectación a los bienes jurídicos penalmente protegidos, podrán ser de conocimiento del órgano casatorio. Aquellos casos que no presentan esa relevancia deberán ser resueltas, en segunda y última instancia, por la Sala Penal Superior, vía el recurso de apelación (Benavente, p. 108). Sin embargo, el haber mencionado solamente los autos que ponen fin al procedimiento; dando a entender que esta limitación de la pena no es aplicable para los autos de sobreseimiento, así como los autos que declaran la extinción de la acción penal y la pena. No obstante, no se puede compartir con esta interpretación, dado que se iría en contra del carácter extraordinario de la casación penal, abriéndose las compuertas del análisis casatorio a todo problema jurídico-penal, incluso los insignificantes o irrelevantes para el sistema de justicia penal.

No obstante, no puede ser extendida cuando la casación gira en torno a los

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

Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.- La limitación por parte del quantum de la pena también se aplica en aquellas sentencias dictadas por la Sala Penal Superior. Lo resaltante es que el delito ha de ser tomado en cuenta para la determinación de la pena privativa de la libertad es el más grave mencionado en la acusación del Ministerio Público. Ello, debe ser analizado conjuntamente con la potestad de recalificación jurídica del órgano del juicio oral, regulada en el artículo 374 1) del Código Procesal Penal de 2004 (Benavente, 2010, p. 109). En ese sentido, el juez del juicio oral, no podrá modificar la calificación jurídica de los hechos expuestos en la acusación escrita del Ministerio Público o en su ampliación, salvo cuando ha incorporado una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público.

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

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

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

2.2. Marco Conceptual

Casación. (Derecho Procesal Civil). Proviene la Loc. Lat. “cassare” que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso de un proceso, según Escriche la aplicación procesal de la casación, implica la acción de anular y declarar sin ningún valor ni efecto (Poder Judicial, 2015).

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

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

Doctrina. Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes (Cabanellas, 1998).

Corte Suprema. Es el máximo órgano de justicia de un territorio. Se trata del tribunal de última instancia, por lo que sus decisiones no pueden ser impugnadas

Distrito Judicial. Parte de un territorio en donde un Juez o Tribunal ejerce jurisdicción (Poder Judicial, 2013).

Normas Legales. Las normas legales son el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico y que tienen como objeto regular la conducta humana cuya característica principal es la coercibilidad (Real Academia de la Lengua Española,

2001).

Normas Constitucionales. Su interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país (Real Academia de la Lengua Española, 2001).

Pretensión: Es la manifestación de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional, por la cual una persona (natural o jurídica) se auto atribuye un derecho frente a otra y solicita sea declarado así en la sentencia de fondo. Exigencia de una persona a otra para que cumpla con una obligación (Real Academia de la Lengua Española, 2001).

Técnicas de Interpretación. Es la acción y efecto de interpretar desde diferentes ópticas, a fin de explicar o declarar el sentido amplio de un postulado o afirmación (Real Academia de la Lengua Española, 2001).

2.3 Sistema de Hipótesis

Las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al - libertad sexual y Violación Sexual a menor de edad, provenientes de la Sentencia Casatoria N° 309-2012- CUSCO emitida por la Corte Suprema, del Distrito judicial de Lima-Lima. 2016 son la interpretación sistemático - lógico, argumentación sujeto a principios.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y nivel de investigación

3.1.1 Tipo de investigación: cuantitativa –cualitativa- Cuantitativa: la investigación, se inicia con el planteamiento de un problema delimitado y concreto; se ocupará de aspectos específicos externos del objeto de estudio, y el marco teórico que guiará el estudio será elaborado sobre la base de la revisión de la literatura, que a su vez, facilitará la operacionalización de la variable (Hernández, Fernández y Batista, 2010).

Cualitativa: las actividades de recolección, análisis y organización de los datos se realizarán simultáneamente (Hernández, Fernández y Batista, 2010).

3.1.2 Nivel de investigación: exploratorio – descriptivo

Exploratorio: porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito será examinar una variable poco estudiada; además, hasta el momento de la planificación de investigación, no se han encontrado estudios similares; mucho menos, con una propuesta metodológica similar. Por ello, se orientará a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema (Hernández, Fernández y Batista, 2010).

Descriptivo: porque el procedimiento de recolección de datos, permitirá recoger información de manera independiente y conjunta, su propósito será identificar las propiedades o características de las variables (Hernández, Fernández y Batista, 2010). Será un examen intenso del fenómeno, bajo la permanente luz de la revisión de la literatura, orientada a identificar, si las variables en estudio evidencian, un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004).

3.2 Diseño de investigación: no experimental, transversal, retrospectivo

No experimental: porque no habrá manipulación de las variables; sino observación y análisis del contenido. El fenómeno será estudiado conforme se manifestó en su contexto natural, en consecuencia los datos reflejarán la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad de la investigador (Hernández, Fernández y Batista, 2010)|.

Retrospectivo: porque la planificación y recolección de datos se realizará de registros, de documentos (sentencia), en consecuencia no habrá participación del investigador (Hernández, Fernández y Batista, 2010)|. En el texto de los documentos se evidenciará el fenómeno perteneciente a una realidad pasada.

Transversal o transeccional: porque los datos pertenecerán a un fenómeno que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández y Batista, 2010). Este fenómeno, quedó plasmado en registros o documentos, que viene a ser la sentencia casatoria; por esta razón, aunque los datos se recolecten por etapas, siempre será de un mismo texto.

3.3 El Universo, Población y Muestra.

Con relación a la investigación en estudio la población estará constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado como sentencia N° 309-2012 **perteneciente al Distrito Judicial de Lima-Lima. 2016, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestra.**

3.4 Definición y operacionalización de las Variables y los indicadores.

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONE	INDICADORES
XI: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Independiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva
				Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático
			INTEGRACIÓN	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malam partem
				Principios generales	Según su Función Creativa
				Laguna de la ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto
			Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias 	
				Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas
YI: INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Dependiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Jerarquía	Antinomias
			COLISIÓN	Temporalidad	Principio de
				Control concentrado	

3.5 Técnicas e instrumentos

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

3.6 Objeto de estudio

Estará conformado por la sentencia casatoria N° 309-2012 sobre - libertad sexual y Violación Sexual a menor de edad, perteneciente a la Corte Suprema, del Distrito

Judicial Lima – Lim, 2016.

3.7 Fuente de recolección de datos. Será, sentencia N° 309-2012 CUSCO, perteneciente a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del Distrito Judicial de Lima-Lima. 2016, seleccionado, utilizando el muestreo no probabilístico por conveniencia, por cuestiones de accesibilidad (Casal, y Mateu; 2003).

3.8 Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos. Se ejecutará por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas serán:

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

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

La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático. Será una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

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

3.9 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.

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

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

3.11 Diseño de matriz de investigación

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTERVIENEN RESPECTO A INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, REFERENTES AL DERECHO - LIBERTAD SEXUAL Y VIOLACIÓN SEXUAL A MENOR DE EDAD, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 309-2012 CUSCO EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA- LIMA. 2016	¿Cuáles son las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al derecho - libertad y Violación sexual a menor de edad proveniente de la Sentencia Casatoria N°309-2012 CUSCO emitida por la Corte Suprema, del Distrito judicial de Lima-Lima. 2016?	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar las técnicas de interpretación que intervienen incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al derecho libertad sexual, Homicidio Calificado y Violación Sexual a menor de edad, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 309-2012 Cusco, emitida por la Corte Suprema, del Distrito judicial Lima-Lima, 2016.</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <p>1. Determinarla selección de normas constitucionales y legales, provenientes de las causales sustantivas y causales adjetivas.</p>	TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Independiente	mas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del Texto legal.	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrina 	TÉCNICAS: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis contenidos 	
							Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa 		
							Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico ▪ Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 		
							INTEGRACIÓN	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malam partem ▪ Bonam partem 	INSTRUMENTO: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Lista de cotejo ▪ Población-Muestra ▪ Población: Expediente judicial consignado con el N° 0008-2011-JP perteneciente al
								Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: Creativa ▪ Interpretativa 	
								Laguna de la ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflictiva ▪ Axiológica 	
								Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	

		<p>2. Determinar la fiabilidad de las normas constitucionales y legales, empleando el razonamiento judicial.</p> <p>3. Determinar la existencia del error <i>in iudicando</i> o error <i>in procedendo</i> en las sentencias precedentes.</p> <p>4.-Determinarla interpretación del derecho como argumentación jurídica empleando las técnicas de interpretación.</p>				ARGUMENTACIÓN	Sujeto a	Principios Reglas	Distrito Judicial de Urubamba- CUSCO el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra, tiene como equivalente ser Consignada como unidad muestras.
		<p>HIPÓTESIS: Las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al derecho a la vida- libertad sexual y Violación Sexual a menor de edad, provenientes de la Sentencia Casatoria N° 309-2012 emitida por la Corte Suprema, del Distrito judicial de Cusco - Lima, 2016 son las interrupciones sistemático lógico argumentación sujeto a principios</p>	<p>Y1: INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES</p>	<p>Dependiente</p>	<p>Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.</p>	EXCLUSIÓN	<p>Jerarquía Temporalidad Especialidad</p>	Antinomias	
						COLISIÓN		Control difuso	

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados.

El presente trabajo de informe es una sentencia Casatoria sobre un proceso penal, el cual es elaborado con esfuerzo académico hasta lograr este resultado y que nos permite a nosotros hacer el uso del derecho de la función jurisdiccional de formular análisis de las resoluciones y sentencias judiciales, el cual el trabajo de análisis en mención lo hemos estructurado de la siguiente manera:

PRIMERO.- Tenemos las generalidades, información relacionada al proceso del que deriva el recurso de casación.

SEGUNDO.- Los antecedentes y el marco teórico, donde se resume los hechos de forma cronológica en el cual desenvuelve el proceso y los conceptos que permiten una mirada panorámica del recurso extraordinario de casación.

TERCERO.- El análisis del caso, donde se realiza el juicio de admisibilidad y procedibilidad del recurso de casación, optando en la parte neurálgica de los fundamentos de la sentencia.

1.- Primero.- Generalidades:

1.1. La materia del proceso.- El proceso inicial versa sobre la vulneración del debido proceso relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal, ante el fiscal provincial penal corporativo de Jaén.

1.2. Los Sujetos Procesales.- Son:

a) Demandante.- Requerimiento fiscal en agravio de la menor S.S.Q.

b) Demandado.- encausado J.C.Q.

c) Órgano Jurisdiccional.- Sala penal Superior de Jaén.

-Pretensión: Declarar el recurso de Casación por vulneración del debido proceso, -

Contradicción: La existencia relativo a la transgresión procesal y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, numeral tercero del Código Penal.

1.3.- La materia del recurso de casación.- Emitida sentencia de vista el veintitrés de mayo de dos mil doce, la misma leída en audiencia privada, fue materia de recurso de casación, dentro del plazo señalado en la ley procesal.

1.4.- Las partes en la Casación Son:

a.- Recurrente: Requerimiento Fiscal, en agravio de la menor iniciales S.S.Q.

b.- Recurridos: Encausado de iniciales S.S.Q.

1.5.- Causal del recurso de casación.- Inobservancia de la garantía constitucional referida a:

La vulneración del debido proceso, relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente en cuanto a las dos pericias médicos legales tomadas en cuenta por el juzgador al momento de resolver y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres , numeral tercero del Código Penal.

Fundamentos y Pronunciamientos;

I.- INFUNDADO, El recurso de casación por vulneración del debido proceso relativo a la transgresión de la necesidad de la prueba.

II.- FUNDADO, El recurso de casación por indebida aplicación de la norma penal; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista del veintitrés de mayo

de dos mil doce.

III.- REVOCARON, La sentencia de primera instancia del veintidós de diciembre de dos mil once-fojas treinta y cinco, en el extremo que condeno a J.C.Q. como autor del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual, tipificado en el numeral tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, con la agravante contenida en el último párrafo del mismo dispositivo legal, en agravio de la menor de iniciales S.S.Q. a treinta años de pena privativa de libertad.

IV.- REFORMANDOLA, condenaron a J.C.Q. Como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual, tipificada en el segundo numeral, segundo párrafo del artículo ciento setenta del código penal, en agravio de la menor antes referida, imponiéndolo a **DIECIOCHO AÑOS** de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintitrés de junio de dos mil once, vencerá el veintitrés de dos mil veintinueve.

V.- ORDENARON, se de lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario Oficial el Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Aspectos Complementarios

Podemos señalar que en el presente informe y después del análisis de la casación concluimos con la importancia en que los tribunales de casación no subroguen en su labor a las instancias de menor jerarquía que transgreden las normas del Derecho como pudimos analizar en el presente trabajo, los Tribunales Supremos como garantistas constitucionales de carácter procesal o de carácter sustantivo, eminentemente defensores del *ius Constitutionis*.

Que el presente tribunal Supremo en su labor en uso de sus facultades, declaro inadmisibile el recurso de casación en causales previstas referida a la vulneración del debido proceso, relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente en cuanto a las dos pericias medico legales tomadas en cuenta por el juzgador al momento de resolver, en función de control de legalidad y aplicación de la ley a los fallos judiciales sean estas de carácter sustantivo o adjetivos en material, con esta finalidad Jurisprudencial nacional se busca seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Así mismo declaro admisible el recurso de casación por otras causales previstas en el presente autos elevado, por la indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, numeral tercero del Código Penal.

En el que vemos la importancia en el cual los Tribunales Supremos de Casación se centran en examinar los vicios in iudicando, in iure y in procedendo para desplegar su labor en forma efectiva.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Alexy, R. (2007). *Teoria de la Argumentación Jurídica-La Teoria del Discurso Racional como Teoria de la Fundamentación jurídica*. Madrid: Palestra.
- Almanza, F. y Peña, O. (2012). *Manual de Argumentacion Juridica*. Lima: APECC.
- Aranzamendi, L. (2010). *Investigación Jurídica* (Primera ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Atienza, M. (2015). *Las Razones del Derecho- Teoria de la Argumentacion Juridica* (Tercera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Benavente, H. (2010). *La Casacion Penal en elCodigo Procesal penal del 2004*. Lima-Peru: Gaceta Juridica.
- Bobbio, N. (1989). *Teoria General del Derecho*. Bogota: Temis.
- Calderon, C. y Alfaro, R. (2001). *La Casación Civil en el Perú*. Trujillo, Perú: Normas Legales S.A.
- Carrion, J. (2012). *El Recurso de Casacion- En elCodigo Procesal Civil* (Vol. II). Lima, Perú: Grijley EIRL.
- Carrion, J. (2012). *Recurso de Casación En El Código Procesal Civil*. Lima, Perú : Iustitia S.A.C.
- Carrion, J. (2012). *Recurso de Casación en la Doctrina y el Derecho Comparado* (Primera ed., Vol. I). Lima: Grijley.
- Carruitero, F. (2014). *Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: San Bernardo Libros Juridicos EIRL.
- Chaname, R. (2012). *Diccionario Juridico Moderno* (Octava ed.). Lima: Adrus.
- Garcia, M. (2005). *El Control de Constitucionalidad de las Leyes-Recurso y*

- Cuestion de Inconstitucionalidad* (Tercera ed.). Lima, Perú: Jurista.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre interpretación jurídica*. Mexico: Porrúa.
- Leon, L. (2007). *La Responsabilidad Civil- Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas* (Segunda ed.). Lima: Jurista.
- Martinez, D. (2010). *Metodología Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, S. (2005). *Introducción al Análisis del Derecho* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Rosas, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (2011). *El Sistema Jurídico- Introducción al Derecho* (Décima ed.). Lima-Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Taboada, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Lima: Grijley.
- Torres, A. (2011). *Introducción al Derecho-Teoría General del Derecho* (Cuarta ed.). Lima: Idemsa.

Anexo 1

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 309-2012-CUSCO SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de setiembre de dos mil trece

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación por vulneración del debido proceso relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero, del Código Penal, interpuesto por la defensa del encausado J. C. Q contra la sentencia del veintitrés de mayo de dos mil doce -fojas cien-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES:

1.1. Que, llevado a cabo el proceso penal, el Fiscal Provincial Penal Corporativo de Jaén, por requerimiento fiscal del doce de julio de dos mil once -fojas doscientos once del tomo I- solicitó se imponga veintiséis años de pena privativa de libertad al encausado J. C. Q., como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el primer párrafo e inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales S.S.Q. y al pago de tres mil nuevos soles como monto de la reparación civil; y alternativamente se debe considerar el último párrafo del Código Penal, solicitando cadena perpetua.

1.2. Así, por resolución veintiocho de octubre de dos mil once -fojas doscientos setenta y ocho- se dictó auto de enjuiciamiento, llevándose a cabo el juicio oral contra el referido encausado; y concluidos los debates orales, se emitió sentencia el veintidós de diciembre de dos mil once -fojas treinta y cinco del cuaderno denominado Ejecución de Sentencia-, que falló condenando al encausado Choquepuma Quiñones a treinta años de pena privativa de libertad y al pago por concepto de reparación civil de la suma de tres mil nuevos soles, a favor de la agraviada.

1.3. Leída la sentencia en audiencia privada, el condenado interpuso recurso de apelación dentro el plazo de ley, fundamentándola por escrito del veintisiete de diciembre de dos mil once -fojas cuarenta y siete- y concedido el mismo, por resolución del veintiocho de diciembre de dos mil once -fojas cincuenta y dos-, se elevaron los autos al superior jerárquico, donde se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de apelación de sentencia.

1.4. Que, llevada a cabo la audiencia de apelación, se emitió sentencia de vista el veintitrés de mayo de dos mil doce -fojas cien-, la misma que leída en audiencia privada, fue materia de recurso de casación, dentro del plazo señalado en la ley procesal, y fundamentado por escrito del seis de junio de dos mil doce -fojas ciento treinta y uno-, invocando como causales los numerales primero, segundo, tercero y cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, motivo por el cual la Sala correspondiente concedió el citado recurso, disponiendo se eleven los autos a este Supremo Tribunal.

1.5. Elevados los autos a este Supremo Tribunal, con fecha nueve de agosto de dos mil doce, y cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, por Ejecutoria Suprema del diecinueve de octubre de dos mil doce -fojas veintisiete del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, en uso de sus facultades, declaró inadmisibile el recurso de casación por las causales previstas en los numerales dos y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, y declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en los numerales primero y tercero del artículo cuatrocientos veintinueve del citado Código. 1.6. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, que se leerá en audiencia privada, con las partes que asistan.

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

2.1. Por Ejecutoria Suprema del diecinueve de octubre de dos mil doce -fojas veintisiete del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional referida a la vulneración del debido proceso, relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente en cuanto a las dos pericias médico-legales tomadas en cuenta por el juzgador al momento de resolver; y por indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, numeral tercero del Código Penal.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. Respecto a la inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso relativo a la transgresión a la necesidad de prueba suficiente:

3.1. El proceso constituye un mecanismo de solución de conflictos por el cual un tercero es quien decide acerca de la solución de la controversia, el cual desde una perspectiva garantista debe estar dotado de un conjunto de garantías constitucionales que regulen el poder-deber del Estado para resolver conflictos jurídicos, a fin de evitar la posible comisión de abusos y decisiones arbitrarias por parte de aquel en agravio de los justiciables.

3.2. Así, las garantías procesales establecen afianzamientos a los derechos fundamentales de las personas, mediante condiciones de validez de los actos procesales; por ello, el debido proceso evita que el Estado aplique directa y abusivamente el Derecho Penal, pues es evidente que durante la tramitación del proceso se pueden cometer abusos o violaciones a los derechos fundamentales de las personas que se han visto sometidas al mismo.

3.3. El debido proceso manifestado en el derecho a la prueba consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes y en poder practicarlas¹. El derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso²; en consecuencia, el derecho constitucional a la prueba acompaña el interés del Estado, representado en el juzgador, para lograr certeza suficiente y sentenciar sus dudas razonables, y recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba, control de las partes, producción específica y apreciación oportuna y fundamentada.

¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 399.

² PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch Editor, Barcelona, 1996.

3.4. Siendo así, la falta de prueba podrá ser un resultado propio de la valoración y surtirá efectos contra la parte que no haya persuadido al juzgador sobre la verdad de sus afirmaciones, pero ambas tiene el deber de perseguir una sentencia apoyada en la convicción probatoria; por tanto, la necesidad de la prueba señala lo que obligatoriamente debe probarse bajo conminación de creerse lo contrario. Así, debe probarse la culpabilidad, de lo contrario se cree en la inocencia. La necesidad de la prueba parte de presupuestos que se dan por ciertos de no probarse lo contrario.

3.5. Estando a lo descrito en los considerandos precedentes, cabe indicar que en el caso concreto el recurrente cuestiona la valoración efectuada a las pericias médico-legales practicadas a la menor agraviada, indicando que el Certificado Médico Legal N° 302-PF-HC, del primero de julio de dos mil once se emitió a efecto de determinar la edad de la menor agraviada, y el Certificado Médico Legal N° 326-CLS, del veinticuatro de setiembre de dos mil diez; emitido a efectos de establecer su integridad sexual; con lo cual, a criterio del referido recurrente, no se logra acreditar su responsabilidad penal en el ilícito incoado, en tanto no se logró determinar ciertamente el acceso carnal entre ambos, por lo que se habría *transgredido el derecho a la necesidad de la prueba*; razón por la cual el juzgador no contó con elementos probatorios para emitir una sentencia condenatoria, motivo por el cual cuestiona dicha decisión.

3.6. Al respecto este Supremo Tribunal de la revisión de autos advierte que si bien es cierto se actuaron como pruebas periciales: el **certificado médico legal N° 326-CLS**, emitido por el médico A. L. A., concluyendo que la menor agraviada no presenta lesiones traumáticas recientes, **himen complaciente sin lesiones recientes**, que en el juzgamiento no fue materia de ratificación, sin embargo, se leyó en audiencia a efectos de considerarlo como prueba de cargo; y, el **certificado médico legal N° 302-PF-HC**, suscrito por el médico J. C. S. I., por el cual se determinó que la edad aproximada de la menor agraviada es de catorce años de edad, que fue objeto de ratificación por el médico respectivo en la etapa de juzgamiento; pruebas periciales que, pese a haber sido actuadas en el proceso penal incoado, no fueron tomadas en consideración para los efectos de establecer la responsabilidad penal del encausado; pues efectivamente, conforme lo sostiene el recurrente, dichas pruebas no logran establecer el acceso carnal entre este y la menor agraviada, y es en virtud de ello que el juzgado y la Sala Superior -en vía de apelación- basaron fundamentalmente la sentencia condenatoria en mérito a la declaración de la menor agraviada, que fue persistente, coherente y sólida en incriminar al encausado, quien es su medio hermano.

3.7. Si esto es así, no resulta amparable la causal de vulneración del debido proceso relativo a la transgresión a la necesidad de la prueba, en tanto los delitos contra la libertad sexual, en la gran mayoría de casos, se ejecutan en la clandestinidad, por lo cual queda habilitada la declaración de la víctima para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, pues en muchas ocasiones no se puede disponer de otras pruebas para acreditar la responsabilidad penal de un imputado, por cuya razón, para los efectos de considerarla suficiente prueba de cargo, debe cumplir con las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco/CJ-116, como son: *i) ausencia de incredibilidad subjetiva*, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; *ii) verosimilitud*, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas

de carácter objetivo; *iii) persistencia en la incriminación*: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad, lo que en el caso concreto se cumplió a cabalidad, pues la versión de la menor agraviada fue persistente, verosímil, al haberse corroborado el estado emocional en el que se encuentra como consecuencia de los vejámenes que sufrió por el encausado, quien resultaba ser su medio hermano, lo cual incluso complica aún más el suceso vivenciado en perjuicio de la víctima; y finalmente, no se logró acreditar que aquella versión firme haya sido consecuencia de algún odio, rencor o resentimiento que emerja de la agraviada por alguna circunstancia. **Respecto a la indebida aplicación del artículo ciento setenta y tres, numeral tres, del Código Penal:**

3.8. Hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en el proceso. El juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado y la hipótesis de la norma³.

3.9. Que, en el caso concreto este Supremo Tribunal considera que resulta de suma importancia considerar para el caso concreto lo explicitado en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, respecto a la protección de la libertad sexual, que está relacionada a la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, contraria a la indemnidad sexual, que está referida a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico -mediante un criterio de interpretación sistemática- a las personas menores de catorce años; en ese sentido, se advierte que la menor agraviada a la fecha de perpetrado el hecho en su agravio contaba con quince años de edad; si esto es así, debemos considerar que la Corte Suprema de Justicia de la República ha venido adoptando el criterio de que aquellas conductas subsumidas en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, deben ser adecuadas al artículo ciento setenta del citado Código, máxime si a la fecha está vigente Acuerdo Plenario número uno guión dos mil doce, en el que se establece que aquellas relaciones sexuales mantenidas con menores de edad entre catorce y dieciocho años, sin su consentimiento, no deben ser sancionadas al amparo del inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del referido Código, sino que deberán adecuarse al artículo ciento setenta, ya sea al primer o segundo párrafo, según sea el caso.

3.10. Más aún, la sentencia número ocho guión dos mil doce guión AI diagonal TC, del doce de diciembre de dos mil doce, emitida por el Tribunal Constitucional, declaró inconstitucional el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por Ley número veintiocho mil setecientos y cuatro, al establecer que dicho extremo de la norma vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre catorce y menos de dieciocho años, dejando sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido con

³ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El recurso de casación civil*. Praxis, Cultural Cuzco, Lima, 1999, p. 62.

adolescentes de la edad en mención; precisando que la inconstitucionalidad de la norma precitada no implica que no se les pueda procesar por el delito de violación sexual regulado en el artículo ciento setenta del Código Penal u otro tipo penal que de acuerdo a las circunstancias estén dentro de los alcances legales.

3.11. Siendo así, en el caso de autos, al no haber mediado consentimiento alguno por parte de la menor agraviada, se aprecia que la conducta desplegada por el encausado referido se enmarca en el inciso dos, segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, al haberse acreditado que ambos son hermanos por parte de madre.

3.12. Motivo por el cual, no resultando para dicho fin un nuevo debate ni ordenar el reenvío del proceso, este Supremo Tribunal es del criterio de reducir la pena a los extremos establecidos en el referido artículo, para los que efectuará un análisis respecto a la pena que le corresponde al encausado de acuerdo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad en ocasión de haber subsumido la conducta en un tipo penal que la sanciona penalmente con una pena menor -inciso dos, segundo párrafo, del artículo ciento setenta-.

3.13. En efecto, es cierto que el encausado resulta ser un agente primario, quien no registra antecedentes penales ni judiciales, con un pobre nivel cultural y joven; sin embargo, en contraste a ello estamos ante un ilícito sumamente grave, considerando que el encausado ultrajó sexualmente no solo a una menor de edad, sino que aquella resulta ser su media hermana, aprovechándose de esa relación parental y de que esta se encontraba en indefensión al haberse refugiado en el hogar del encausado, sumado a que en autos están acreditadas las secuelas emocionales dejadas en la víctima como consecuencia de ello; razón por la cual este Supremo Tribunal considera que la sanción a imponérsele debe ser el máximo de pena que señala la norma citada precedentemente.

Por estos fundamentos:

Declararon **por mayoría:**

I. INFUNDADO el recurso de casación por vulneración del debido proceso relativo a la transgresión de la necesidad de la prueba.

II. FUNDADO el recurso de casación por indebida aplicación de la norma penal; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista del veintitrés de mayo de dos mil doce.

III. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia del veintidós de diciembre de dos mil once -fojas treinta y cinco-, en el extremo que condenó a J. C. Q como autor del delito contra la libertad en la modalidad de violación de la libertad sexual, tipificado en el numeral tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, con la agravante contenida en el último párrafo del mismo dispositivo legal, en agravio de la menor de iniciales S.S.Q., a treinta años de pena privativa de la libertad; reformándola: **CONDENARON** a J. C. Q como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual, tipificado en el segundo numeral, segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor antes referida, imponiéndole **DIECIOCHO AÑOS** de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintitrés de junio de dos mil once, vencerá el veintitrés de junio de dos mil veintinueve.

IV. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

Hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.

VILLA STEIN;

PARIONA PASTRANA;

BARRIOS ALVARADO;

TELLO GILARDI;

PRÍNCIPE TRUJILLO

RESULTADOS

4.1. Resultados.

El presente trabajo de informe se encuentra