



**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA,
PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE LA REPUBLICA, EN EL EXPEDIENTE N°
00386-2011-42-2801-JR-PE-01 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE MOQUEGUA – LIMA. 2017**

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

AUTOR:

BENJAMÍN ARTURO AGUIRRE ORTIZ

ASESOR:

Dr. EDHIN CAMPOS BARRANZUELA

LIMA – PERÚ

2017

JURADO EVALUADOR Y ASESOR

Dr. David Paulet Hauyon

Presidente

Magt. Marcial Aspajo Reyna

Secretario

Magt Edgar Pimentel Moreno

Miembro

Dr. Edhin Campos Barranzuela

Asesor

DEDICATORIA

A mis padres:

Mis primeros maestros,
a ellos por darme la vida
y valiosas enseñanzas.

A mi esposa e hijos:

A quienes les adeudo tiempo,
dedicadas al estudio y el trabajo,
Por comprenderme y brindarme su
apoyo incondicional.

Benjamín Arturo Aguirre Ortiz

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de la República, en el expediente No. 00386-2011- 42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017?; el objetivo general fue: determinar las técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa. Es tipo cuantitativo-cualitativo (mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la incompatibilidad normativa nunca, a veces, siempre se presentó en la sentencia de la Corte Suprema, aplicándose para ello en forma por remisión, inadecuada, adecuada las técnicas de interpretación. En conclusión, al ser adecuadamente aplicadas permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema se encuentre debidamente motivada, es decir, argumentar en dar razones en apoyo de las premisas del razonamiento judicial.

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

ABSTRACT

The research was problem: How interpretation techniques are applied in the incompatibility rules, from the judgment of the Supreme Court in case No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 of the Judicial District of Moquegua – Lima. 2017?; the overall objective was: to determine the techniques applied in the rules interpretation incompatibility. It is quantitative-qualitative (mixed); exploratory level - hermeneutical; design dialectical hermeneutical method. The sample unit was a court record, selected by convenience sampling; to collect data observation techniques and analysis of content was used; and as a checklist instrument, validated by expert judgment. The results revealed that the rules never, sometimes, always presented incompatibility in the judgment of the Supreme Court, applying for it in the form by reference, inadequate, adequate interpretation techniques. In conclusion, when properly applied allow study the judgment of the Supreme Court is properly motivated, ie give reasons argue in support of the premises of judicial reasoning.

Keywords: application; violated fundamental right; range and sentence.

CONTENIDO

	Pag.
1. Título de la Tesis.....	i
2. Hoja de firma del jurado y asesor	ii
3. Hoja de agradecimiento	iii
4. Resumen.....	iv
5. Abstract.....	v
6. Contenido (Índice)	vi
7. Índice de cuadros	x
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	8
2.1. Antecedentes	8
2.2. Bases Teóricas	11
2.2.1. El papel del Juez en el Estado de Derecho	11
2.2.1.1. El poder judicial en el estado legislativo de derecho	12
2.2.1.2. El poder judicial en el estado constitucional de derecho	12
2.2.2. La Teoría de la Argumentación Jurídica.....	13
2.2.2.1. Necesidad de justificación en el derecho	13
2.2.2.2. Argumentación que estudia la TAJ.....	14
2.2.2.3. Teorías de la Argumentación Jurídica	15
2.2.2.4. La utilidad de la TAJ	16
2.2.2.5. Los argumentos de integración jurídica.....	17
2.2.2.5.1. Definición de integración jurídica	17
2.2.2.5.2. Argumentos de integración jurídica.....	17
El argumento a pari.....	18
El argumento ab minoris ad maius	18
El argumento ab maioris ad minus.....	18
El argumento a fortiori.....	19
El argumento a contrario.....	19
2.2.3. Problemas Interpretativos de la Actividad Judicial	19
2.2.3.1. Definiciones de interpretación	19
2.2.3.2. Carácter discrecional de interpretación.....	20
2.2.3.3. Teoría Objetiva y Subjetiva de la interpretación	20

2.2.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa	22
2.2.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal	23
2.2.3.6. La Interpretación y sus métodos	27
2.2.3.7. La prohibición de analogía in malam partem	28
2.2.3.7.1. Definición, función y clases.....	29
2.2.3.7.2. Requisitos.....	31
Existencia de lagunas en el Derecho positivo.....	31
Identidad de la Razón	34
2.2.3.8. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.....	36
2.2.3.9. La analogía en el derecho penal.....	39
2.2.3.9.1. Carácter de la prohibición de analogía.....	39
2.2.3.9.2. Alcances de la analogía in bonam partem	39
2.2.3.9.3. Delimitación de la analogía in malam partem	41
2.2.3.10. Analogía e interpretación en el derecho penal	42
2.2.4. Problemas Interpretativos	45
2.2.4.1. Problemas del contexto lingüístico	45
2.2.4.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional.....	46
2.2.4.3. Casos fáciles y casos difíciles	51
2.2.5. Cuestión de Principios	53
2.2.5.1. Distinción entre reglas y principios	54
2.2.5.2. Reglas como normas cerradas y principios como normas abiertas.....	58
2.2.5.3. Reglas y Principios como razones para la acción	58
2.2.5.4. Juicio de ponderación	59
2.2.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación.....	59
2.2.5.4.2. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad)	61
2.2.5.4.3. Ponderación y subsunción	62
2.2.5.4.4. Control difuso e interpretación Constitucional.....	62
2.2.6. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales.....	64
2.2.6.1. Definición de derechos fundamentales	64
2.2.6.2. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho	65
2.2.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho	66
2.2.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial	68
2.2.6.4.1. Dificultades epistemológicas	68
2.2.7. Las Antinomias	72

2.2.7.1. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas.....	72
2.2.7.2. Las Antinomias como incompatibilidades no lógicas	79
2.2.7.3. Verific. de los conflictos norm (antinomias e interpretaciones).....	81
2.2.7.4. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias	85
2.2.8. El derecho a la Debida Motivación.....	89
2.2.8.1. Importancia de la debida motivación.....	89
2.2.8.2. Debida mot. y argum. en el razonamiento lógico de los jueces.....	89
2.2.9. La Sentencia Casatoria Penal.....	93
2.2.9.1. Definiciones	93
2.2.9.2. Causales para la interposición de recurso de casación	95
2.2.9.2.1. Infracción de preceptos constitucionales	96
2.2.9.2.2 Infracción de normas sustanciales	97
2.2.9.2.3. Infracción de normas procesales.....	98
2.2.9.2.4. Infracción a la logicidad de la sentencia.....	99
2.2.9.2.5. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la corte suprema.....	99
2.2.9.3. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano	100
2.2.9.4. Fines del recurso de casación penal	109
2.2.9.5. Clases de casación	118
2.2.9.5.1. Por su amplitud	118
2.2.9.5.2. Por la naturaleza de la norma que le sirve de sustento	120
2.2.9.6. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación.....	121
2.2.9.7. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación	122
2.3. Marco Conceptual.....	125
2.4. Sistema de Hipótesis	127
III. METODOLOGIA	128
3.1. El tipo y nivel de la investigación.....	128
3.2. Diseño de la investigación	129
3.3. Población y muestra.....	129
3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores	130
3.5. Técnicas e instrumentos	131
3.6. Plan de análisis.....	132
3.7. Matriz de consistencia	134
3.8. Consideraciones Éticas	135
IV. RESULTADOS.....	137

4.1. Resultados	137
4.2. Análisis de resultados	165
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	167
5.1. Conclusiones	167
5.2. Recomendaciones	170
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	172
ANEXOS:	
ANEXO 1: Cuadro de Operacionalización de las Variables.....	175
ANEXO 2: Cuadro descriptivo del procedimiento de recolección, organización, calificación de datos, y determinación de la variable	178
ANEXO 3: Declaración de Compromiso Ético	186
ANEXO 4: Sentencia de la Corte Suprema	187
ANEXO 5: Matriz de consistencia lógica	211
ANEXO 6: Instrumento de recojo de datos (Lista de cotejo)	213

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema	137
Cuadro 1: Con relación a la Incompatibilidad Normativa	137
Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación.....	150
Resultados consolidados de la sentencias de la Corte Suprema	163
Cuadro 3: Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas de	
Interpretación	163

I. INTRODUCCIÓN

La formulación de la tesis, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Promoción y Difusión de la Investigación (RPDI) – Versión 008 (ULADECH, 2016), y la ejecución de la línea de investigación (LI) existente en cada Escuela de Posgrado de Derecho-Maestría. Por esta razón, el referente informe individual, es la línea de investigación que en la Escuela de Posgrado de Derecho se denomina: “Técnicas de interpretación aplicadas a las incompatibilidades normativas, proveniente de las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos del Poder Judicial del Perú, 2016” (ULADECH, 2016), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos del Poder Judicial Peruano.

Como puede observarse del título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedará satisfecho con el análisis de las sentencias provenientes de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional, siendo estas últimas materia de estudio, pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la técnica de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras que, el segundo propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia debidamente motivada, los cuales se verán reflejados en el contenido del presente proyecto individual.

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

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

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

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

Por lo que la Constitución no sólo es norma jurídica suprema formal y estática, material y dinámica, sino también es norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del Derecho y es norma de unidad a la cual se integran. De allí que exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la

aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme a la Constitución).

Puesto que en todo Estado Constitucional de Derecho o Democrático de Derecho, la tendencia es permitir e incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos de propiedad y otorgamiento de escritura pública, 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 Magistrados del TC en parte, no es así, puesto que ellos de alguna manera encuentran la comprensión del texto normativo, lo cual permite que sean creadores del Derecho, por lo que nuestros magistrados ordinarios evidencian de ésta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia 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, relacionados según caso en estudio al derecho a la Seguridad Pública, para ello se tendrá que seleccionar y aplicar la norma de mayor rango ante la incompatibilidad normativa que resulte de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia casatoria N° **460-2013-Moquegua** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la **presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales**, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua contra la sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, en el extremo que revocó la sentencia del tres de abril del dos mil trece que condenó a J.C.B.M. como autor del delito contra la Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve F. del Código Penal, en agravio del Estado, a un año y seis meses efectiva e inhabilitación por igual plazo, y condenó a L.A. U.T. y L.F.R.L., como autores del delito contra la Seguridad Pública-tenencia ilegal de armas, en agravio del estado, a un año y seis meses de pena privativa de la libertad efectiva, inhabilitación por igual plazo, y reformándola: los absolviéron de los cargos

citados: con lo demás que contiene II. EXONERARON al representante del Ministerio Público del pago de las costas del recurso, conforme al considerando cuadragésimo segundo. III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes. IV. MANDARON que cumplidos éstos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

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

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017?

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

Determinar las técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del distrito judicial de Moquegua – Lima. 2017.

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

1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.
2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, y medios.

4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, a los principios generales, a la laguna de ley, y a argumentos de interpretación jurídica.

5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto, y a argumentos interpretativos.

El presente informe de investigación surge de la problemática en la realidad social peruana, en donde la incompatibilidad normativa se evidenció que las sentencias que emiten la Corte Suprema, 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 sobre incompatibilidad normativa.

En tal virtud, 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 sobre incompatibilidad normativa, se tratará de evidenciar una sentencia debidamente motivada, en mérito al empleo un razonamiento judicial, basado en reglas y principios, aplicando la racionalidad y eficacia del análisis jurídico y del debate de los problemas jurisdiccionales de los sujetos del derecho, los cuales traerán como resultado la satisfacción de los justiciables.

Es entonces, que la investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que todo sentencia de nivel supremo deberá contar con un razonamiento

judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las normas constitucionales y legales.

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

II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. Antecedentes

(Yaipen, 2012), en Perú, investigó: “La Casación en el Sistema Penal Peruano”, y sus conclusiones fueron: **1°**. La casación es un recurso extraordinario, por cuanto su admisibilidad está limitada por las causales o motivos tasados, por su rigurosidad formal y por la limitación del Tribunal de Casación sobre el conocimiento y el juicio del recurso, restringido a la cuestión jurídica. Asimismo, no constituye una tercera instancia, ya que se limita a examinar la concepción jurídica causal de la decisión o la regularidad del proceder que haya conducido a esta. **2°**. El CPP ha regulado la casación penal como un recurso extraordinario, y conforme al objeto impugnado o las resoluciones que pueden impugnarse, ha previsto dos tipos de casaciones: ordinaria y excepcional. **3°**. La casación ordinaria procede en supuestos cerrados delimitados por el legislador, que contienen criterios de naturaleza cuantitativa que atienden el tipo de resolución judicial, y criterios de naturaleza cualitativa que se centran en la *summa poena* (pena mínima) y la *suma gravaminis* (valor del agravio o gravamen).

4°. La casación excepcional es un supuesto abierto que permite al Tribunal de Casación determinar si un determinado caso concreto va contribuir al desarrollo de la doctrina jurisprudencial; se trata de una discrecionalidad seleccionadora complementaria, que opera para cumplir con la uniformidad de la jurisprudencia. **5°**. Las finalidades de la casación, que se manifestaron desde su nacimiento, evolución y se mantienen en la actualidad, se orientan al *ius constitutionis*, concretadas en la nomofilaxis o nomofilaquia y en la uniformización de la jurisprudencia; y al *ius litigatoris*, definida en la dikelogía. **6°**. La finalidad nomofiláctica se entiende como

elección y defensa de la interpretación justa, dirigida a establecer, a nivel general, el significado más justo atribuible a la norma. **7°**. La finalidad dikelógica se orienta a salvaguardar el interés de la parte procesal que busca justicia evitando resoluciones absurdas y arbitrarias. **8°**. La casación responde al modelo que le proporciona el legislador interno, y sus finalidades están acorde con el sistema de recursos. Dentro del regulado por el CPP, la finalidad principal de la casación penal es la uniformización de la jurisprudencia.

9°. La finalidad de uniformadora de la jurisprudencia busca salvaguardar dos valores-principios: la igualdad jurídica y la seguridad jurídica, garantizando así la existencia de una línea unitaria y constante de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, a nivel general. **10°**. La uniformización de la jurisprudencia se concreta mediante la fijación de lo que se denomina *doctrina jurisprudencial*, que son aquellos principios o reglas jurídicas producto de la interpretación y aplicación de la norma, que realiza en máximo órgano jurisdiccional, teniendo como principal insumo un determinado hecho social con relevancia jurídica, y que tiene fuerza normativa para futuros casos similares. Por ello, toda sentencia casatoria, al margen del juicio de fundabilidad (fundado o infundado), debe fijar doctrina jurisprudencial. **11°**. El recurso de nulidad que prevé y regula el C de PP es un medio impugnatorio de conocimiento de la Corte Suprema, que persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia y autos emitidos por la Sala Penal Superior. No tiene como finalidad fijar doctrina jurisprudencial, por lo que, en su tratamiento judicial, no existe una selección para llevar los asuntos a la Corte Suprema.

12°. La Corte Suprema, como Tribunal de Casación viene tratando al recurso de casación como el recurso de nulidad del C de PP, por cuanto en la mayoría de

sentencias no está fijando doctrina jurisprudencial y, asimismo, porque está admitiendo casaciones excepcionales para fijar doctrina jurisprudencial sobre temas que han sido conocidos, previamente, en casaciones ordinarias, entendiéndose como si estas no sirvieran para fijar doctrina; todo ello, impide el cumplimiento adecuado de su finalidad principal de uniformizar la jurisprudencia. **13°.** El Interés Casacional es la *idoneidad del asunto* o el *criterio de relevancia* que trasciende al de las partes, que le permite al Tribunal de Casación cumplir con la finalidad uniformadora de la jurisprudencia de la casación. Está presente en toda resolución o sentencia que sea conocida por el Tribunal de Casación y se ubica en los motivos o las causales, pero entendidos no de manera abstracta, sino enfocados o vistos en forma concreta de un caso particular, pues son éstos los que delimitan el conocimiento del Tribunal de Casación y la base sobre la cual va fijar doctrina jurisprudencial.

14°. La falta de definición, en supuesto concreto y real, del Interés Casacional, impide cumplir eficazmente con la finalidad uniformadora de la jurisprudencia de la casación, sea *por exceso* o *por defecto*; en el primer caso, se manifiesta cuando se admiten casos irrelevantes que, en lugar de favorecer, pueden impedir la formación de la doctrina jurisprudencial; en el segundo, se presenta cuando se dejan fuera del ámbito del recurso de casación, casos significativos que pueden contribuir a la formación de doctrina jurisprudencial. **15°.** La Corte Suprema, como Tribunal de Casación, ha identificado el Interés Casacional, por un lado, con los motivos casacionales, y por otro, con la necesidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial. Esta disconformidad de criterio afecta el cumplimiento adecuado de la finalidad principal de casación de uniformizar la jurisprudencia. **16°.** La doctrina de la Voluntad Impugnativa es una expresión de la garantía de la tutela jurisdiccional

efectiva y del principio *iura novit curia*, que permite la adecuación a la causal correcta, conforme al contenido de los fundamentos proporcionados por la parte impugnante.

17°. La Voluntad Impugnativa no autoriza suplir los defectos de fundamentación de la pretensión impugnatoria que le corresponde a la parte que la postula, por lo que, tampoco permite cambiar o adecuar el tipo de postulación recursal, de casación ordinaria a casación excepcional; sin embargo, de manifestarse esta última forma de aplicación de dicha doctrina, no se afecta la finalidad principal de la casación, uniformadora de la jurisprudencia. **18°.** La Corte Suprema, como Tribunal de Casación, aplica la doctrina de la Voluntad Impugnativa para cambiar la causal postulada y para cambiar la postulación recursal de casación ordinaria a casación excepcional y viceversa; empero, esta práctica no afecta el cumplimiento de la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, de la casación.

2.2 Bases teóricas

2.2.1. Papel del juez en el estado de derecho.

Es prudente lo propuesto por el nuevo Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho para que el Juez asuma con responsabilidad los nuevos desafíos acordes con el desarrollo del Derecho y del Estado. El cargo que hoy debe cumplir debe ser más dinámico al rol que cumplió en los inicios del Estado de Derecho. Hoy debe cumplir un papel más activo y fundamental: es el principal protector de los derechos fundamentales y, a través de la interpretación de la norma desde la Constitución, es creador del Derecho.

De simple aplicador mecánico de la ley a través del silogismo de la subsunción, el juez debe asumir el desafío de constituirse en el primero y principal

protector de los derechos y creador cotidiano del Derecho. Más allá de la ley están los derechos fundamentales y el juez debe protegerlos aun cuando no estén expresamente reconocidos por la ley ordinaria.

2.2.1.1. El poder judicial en el estado legislativo de derecho.

El Estado de derecho es una ideología jurídica, pues no es consustancial al concepto de estado ser “de derecho”. Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece –dice Weber- “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer” (Gascón Abellán & García Figueroa, 2015, págs. 15-16)

2.2.1.2. El poder judicial en el estado constitucional de derecho.

En lo referente al tema, Gascón Abellán & García Figueroa (2015) refieren que:

Aunque lo que haya de entenderse por *Estado Constitucional* parece una cuestión abierta o, en todo caso, sometida a debate, podría decirse, de una forma genérica o puramente aproximativa, que constitucionales 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 autentica 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).

Asimismo, sostienen que:

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo americano, que a diferencia del europeo, que no supero el “imperio de la ley” y donde, por tanto, las Constituciones fueron simples carta políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución. Asimismo, “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 (págs. 22- 23).

2.2.2. La Teoría de la Argumentación Jurídica.

2.2.2.1. Necesidad de justificación en el derecho.

En relación al tema, Gascón Abellán & García Figueroa (2015) refieren que:

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. (págs. 43-44)

2.2.2.2. Argumentación que estudia la TAJ.

Al respecto Gascón Abellán & García Figueroa (2015) sostienen que:

La Teoría de la Argumentación Jurídica (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 moral. 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 (...); pero en todo

caso la TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces. (págs. 52-53).

2.2.2.3. Teorías de la argumentación jurídica.

Según Gascón Abellán & García Figueroa (2015), sostienen que:

La Teoría de la Argumentación Jurídica (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, TAJ y práctica del Derecho son, en principio, son cosas distintas, 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. (p.46)

La Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) (Castillo, 2004) es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una

perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa:

- a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto fenómeno social, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.
- b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como se ha anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.
- c) Desde una perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas acerca de cómo éstos deberían acudir. (pp. 47-48)

2.2.2.4. La utilidad de la TAJ.

Sobre este punto Gascón Abellán & García Figueroa (2015) sostienen que:

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

2.2.2.5. Los argumentos de integración jurídica.

2.2.2.5.1. Definición de integración jurídica.

Referente al tema Rubio Correa (2012) refiere lo siguiente:

La integración jurídica se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo.

Asimismo, acota que:

Naturalmente, la integración jurídica sería un peligro para el sistema estructural del Derecho si, luego de trabajarse cuidadosamente los otros aspectos (fuentes, norma, interpretación, etcétera), simplemente todo se soslayara recurriendo a la creación de normas por esta vía. Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano-germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa. (pág. 260)

2.2.2.5.2. Argumentos de integración jurídica.

Rubio Correa (2012) hace referencia que:

Tradicionalmente, en el Derecho se ha trabajado cuatro argumentos bajo la forma de apotemas jurídicas que ayudan a la interpretación. Sin embargo, propiamente hablando, ellos, ellos son materializaciones concretas de la analogía con diversas características: el primero es el argumento *a par*, cuyo significado es: “Donde hay la misma razón hay el mismo derecho”; el segundo es el *a fortiori*: “Si puede hacer A, con mayor razón puede hacer B”; el tercero

es el argumento *ab maioris ad minus* cuyo texto es: “Quien puede lo más puede lo menos; y, el cuarto argumento *ab minoris ad maius*: “si no puede lo menos tampoco puede lo más”. (pág. 271)

El argumento a pari

Como se indicó anteriormente, el argumento *a pari* cuyo significado es, “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”. Este argumento recurre claramente a la *ratio legis* que constituye el arquetipo de la analogía propiamente hablando. (Rubio Correa, El sistema jurídico.- Introducción al Derecho, 2012)

El argumento ab minoris ad maius

Según el argumento, “ si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más”. El argumento *ab minoris ad maius* también es una variante del *a fortiori* porque aquí el argumento sigue siendo “con mayor razón” pero invertido hacia su forma negativa. Se supone que quien no tiene el mínimo poder, tampoco tiene el máximo. Es el único caso en el que la prohibición se puede utilizar analógicamente, pero nótese que no se trata de una “extensión” de ella sino que, mediante la inversión negativa del “con mayor razón”, en realidad lo que se está argumentando es que hay una gran prohibición de la cual lo expresamente prohibido es sólo una parte. (Rubio Correa, El sistema jurídico.- Introducción al Derecho, 2012, págs. 274-275).

El argumento ab maioris ad minus

Según el argumento *ab maioris ad minus*, “quien puede lo más puede lo menos. Esta es una variación del argumento *a fortiori* fundado en la mayor fuerza que tiene, para quien está investido de la atribución de la

atribución de hacer lo mayor, poder hacer lo menor. (Rubio Correa, El sistema jurídico.- Introducción al Derecho, 2012, pág. 273).

El argumento a fortiori

“El argumento *a fortiori* funciona en base al criterio “con mayor razón”. Es una variante de la analogía basada en una *ratio legis* que funciona “con mayor razón” en el ámbito de poder que el Derecho otorga” (Rubio Correa, El sistema jurídico.- Introducción al Derecho, 2012, pág. 273)

El argumento a contrario

El argumento a contrario, cuyo tenor es el siguiente: “lo normado por el Derecho excluye su extensión hacia la reglamentación de otros hechos no expresamente considerados en el supuesto de la norma con la misma consecuencia; o atribuir consecuencias distintas al mismo supuesto”. (Rubio Correa, El sistema jurídico.- Introducción al Derecho, 2012, págs. 275-276)

2.2.3. Problemas Interpretativos de la Actividad Judicial.

2.2.3.1. Definiciones de interpretación.

Interpretar es para el Derecho: “comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido”. Implica la posibilidad de comprender los signos lingüísticos con los que la norma se expresa, captando su sentido y atribuyéndoles un significado. (Castillo Alva, Luján Túpez, & Zavaleta Rodriguez, 2006, pág. 23)

“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” (Castillo Alva, Luján Túpez, & Zavaleta Rodriguez, 2006, pág. 24)

2.2.3.2. Carácter discrecional de interpretación.

“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” (Gascón Abellán & García Figueroa, 2015, pág. 111)

2.2.3.3. Teoría objetiva y subjetiva de la interpretación.

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.

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. No podríamos satisfacer estas exigencias si tuviéramos que situarnos en la mente del legislador que vivió, por ejemplo, hace más de un siglo, en un estado cultural y en un mundo y en una realidad completamente distinta a la actual. Sólo es derecho obligatorio el contenido de la ley no su proceso de generación. 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. Se deja de lado, como afirma RADBRUCH, que quien interpreta “lo hace para servir a la vida y no para construir un monumento a la historia” (Castillo Alva, Luján Túpez, & Zavaleta Rodriguez, 2006, págs. 46-47-51-52)

2.2.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa.

Vinculada a la problemática de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación se encuentra la larga, y a nuestro criterio la polémica, respecto a los resultados de la interpretación según se administre tradicionalmente, puede ser: declarativa, restrictiva o extensiva, y que se reúne bajo la rotulación genérica de interpretación correctora. Dicha posición parte, del principio de la experiencia que la ley dice en ocasiones más de lo que quiso decir o, a la inversa, dice, menos de lo que se pretendió. La Interpretación extensiva abriría el camino para llenar los vacíos de legislación, la estricta para aplicar la ley a los casos o comprendidos en su tenor literal y la restrictiva para limitar su aplicación a supuestos determinados sin que se abarque todo su sentido literal. (Castillo Alva, Luján Túpez, & Zavaleta Rodriguez, 2006, pág. 56)

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. En el caso del Derecho Penal la interpretación restrictiva por lo general determinará una limitación a la potestad punitiva del Estado y la consiguiente ampliación

de los márgenes de libertad. (Castillo Alva, Luján Túpez, & Zavaleta Rodríguez, 2006, págs. 56-57)

B. Interpretación extensiva

La interpretación extensiva abrirá el camino para llenar los vacíos de legislación, la estricta para aplicar la ley a los casos comprendidos en su tenor literal. La interpretación extensiva surge cuando las palabras de la ley se deben extender en base a su limitado y estrecho tenor, apoyándose en el argumento a fortiori y el argumento analógico. La ley dice menos de lo que quiere decir. Esta interpretación al ampliar el ejercicio del ius puniendi, terminará afectando los derecho y la libertad de los ciudadanos. (Castillo Alva, Luján Túpez, & Zavaleta Rodríguez, 2006, págs. 56-57) .

2.2.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal.

Cury Urzúa citado por Castillo Alva (2006) 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. (p. 64).

A. Interpretación auténtica

Lumia, Giuseppe citado por Castillo Alva (2006) “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 desempeña. (p.64)

La interpretación auténtica debe respetar el sentido y la orientación de la norma que interpreta, no siendo lícito el añadir o mutar las valoraciones jurídicas, ya sea por estimaciones sociales o consideraciones políticas de oportunidad o conveniencia. Esta clase de interpretación al hallarse contenida en una norma jurídica es por su procedencia de obligatorio cumplimiento. Si bien por principio toda disposición jurídica puede ser objeto de interpretación auténtica hay acuerdo para negar dicha posibilidad a las normas de Derecho consuetudinario y a los principios generales del Derecho.

Su fundamento se encuentra en la existencia de graves problemas y contrastes interpretativos en una materia compleja e importante, la cual no puede ser resuelta satisfactoriamente apelando a los medios tradicionales de interpretación. La interpretación auténtica por lo general es una ley, o mejor dicho, se realiza mediante una ley (en sentido material). No es correcto señalar que la interpretación auténtica tiene el valor de una ley. Por pretender eliminar una incertidumbre normativa se sostiene que este tipo de interpretación favorece la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Las opiniones privadas o públicas del autor de una ley no constituyen interpretación auténtica.

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

frase. Cabe indicar que la *fe de erratas* no constituye un modelo de interpretación auténtica, sino que representa la corrección de errores materiales.

Los trabajos preparatorios, los preámbulos, la exposición de motivos y las discusiones parlamentarias no constituyen casos de interpretación auténtica, pues solo aluden al proceso de generación de leyes. La doctrina distingue entre la interpretación o declaración auténtica y la declaración o disposición confirmativa. Mientras que la primera trata de resolver una duda que surge a raíz del entendimiento de un precepto anterior, la segunda se restringe a invocar un principio antecedente o a presuponer su existencia entendiéndolo en un sentido determinado. La norma confirmativa trata al precepto anterior como un criterio al que hay que adecuar su regulación y sentido. Como ejemplo de normas confirmativas tenemos los reglamentos de ejecución de una ley. (pp. 65-66)

B. Interpretación judicial

Castillo Alva (2006) coincide con Nino, Carlos Santiago en que: A diferencia de la interpretación auténtica, no tiene una eficacia general de obligatorio cumplimiento, sino que es vinculante solo para el caso concreto. Ella es necesaria como condición para que se concreten los efectos que las normas jurídicas establecen y sirve para especificar el contenido y sentido de los textos legales. La interpretación doctrinal y la interpretación auténtica tienen su crisol y prueba de fuego en la interpretación judicial. La interpretación judicial no es solo aplicación del derecho a un caso concreto, sino que presupone una interpretación de la norma o del derecho. Ella es realizada por todos los órganos jurisdiccionales desde el más alto grado hasta el más bajo, siendo su propósito aplicar las leyes a los casos comprendidos dentro de su ámbito de regulación. Las resoluciones que se expiden en base a esta clase de

interpretación se conocen con el nombre de jurisprudencia. La jurisprudencia puede tener un sentido amplio comprendiendo así a las resoluciones de los diversos tribunales y jueces de un Estado; y en sentido estricto se refiere a las resoluciones emitidas por los Tribunales más altos como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

La interpretación judicial está sujeta a control según la jerarquía y competencia de los órganos jurisdiccionales: un Juez o Tribunal superior puede enmendar u ordenar corregir la (defectuosa) interpretación de la ley realizada por el Juez o Tribunal inferior, prueba de ello es la Casación. sin embargo, debe anotarse que por elevada que sea la jerarquía del Tribunal la interpretación de un precepto legal no podrá ser impuestas ni para las causas que el mismo conozca, ni para los casos que vayan a ser sometidos al conocimiento de los jueces de inferior jerarquía, aunque por lo general un Tribunal se considera fuertemente influenciado por sus decisiones anteriores como por los de los jueces superiores. La importancia de la interpretación judicial es de tal magnitud que puede haber ordenamientos jurídico-positivos sin la existencia de legisladores, pero no puede haber un orden jurídico-positivo sin órganos jurisdiccionales.

La interpretación judicial debe ser *dinámica* y no estática. Ha de seguir la evolución de la sociedad, la cultura y el Derecho. No puede ser rígida, pétrea o inmóvil. Los jueces a través de la interpretación de las normas jurídicas influyen en los cambios sociales, ya sea promoviéndolos o colocando barreras de contención, no solo a través de la reformulación de las normas generales, sino mediante el control de los procesos judiciales. Los Tribunales no tienen por qué mantener una interpretación tradicional

de la ley, la cual fue en su día aceptada. Debe únicamente optar por la interpretación correcta o adecuada, eligiendo aquella que ofrezca mayores razones. (pp. 69-70-71).

C. Interpretación Doctrinal

Castillo Alva (2006) coincide en que: Esta interpretación es 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. Esta interpretación tiende a ser más flexible que la judicial; y también más sistemática, general y unitaria. Permite que la labor jurisprudencial adquiera mayor consistencia, armonía y respaldo, evitando que se incurra en decisiones contradictorias y arbitrarias al aportar una amplia variedad de técnicas de argumentación y de presupuestos que están en condiciones de determinar el correcto alcance de los preceptos jurídicos. Se señala que la interpretación científica es la forma de interpretación *par excellence*, pues de ella no pueden prescindir – y la deben realizar- tanto los jueces, los jurisconsultos y tratadistas. (Pp.72-73)

2.2.3.6. La interpretación y sus métodos.

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

teológico. 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, teológico y gramatical [sentido literal posible],- para que la operación hermenéutica se entienda como satisfactoria, razonable y a 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)

2.2.3.7. La prohibición de analogía in malam partem.

Un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía sólo rige cuando se trate de la llamada analogía in malam partem, es decir, la que resulta extensiva de la punibilidad. La analogía in bonam partem, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable: la teoría que considera que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos del error de tipo y del error de prohibición, sin ser totalmente lo uno o lo

otro, propone actualmente la aplicación analógica de las reglas del error (que son más benignas) al caso antes mencionado, y es compatible con la prohibición de la analogía sólo *in malam partem*.

2.2.3.7.1. Definición, función y clases.

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

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

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

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

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

Razón de ello es las posibilidades y el ámbito de su aplicación no pueden ser objeto de un uso indiscriminado y exagerado. El uso de la analogía no debe partir de la necesidad de colmar determinadas lagunas normativas (de la ley o de la costumbre), sino de la comprobación previa de sus requisitos. Las lagunas de la ley no solo se cubren mediante la analogía; ella solo es uno y solo uno de los

procedimientos de integración conocidos. Queda todavía el recurso de los principios generales del Derecho, los fines del ordenamiento jurídico (justicia, seguridad jurídica, bien común) o también la libre valoración del juez.

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

2.2.3.7.2. 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)

Este mismo autor 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)

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.

Por su parte (Castillo, 2004) refiere: 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)

2.2.3.8. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.

La analogía consiste en aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley (analogía legis) o del ordenamiento jurídico en su conjunto (analogía iuris).

La analogía es un procedimiento ideado para colmar las lagunas de la ley. No es, por tanto, una interpretación sino una integración de la ley. La aplicación analógica supone verdadera creación de Derecho, precisamente para regular casos no previstos por la ley.

La analogía suele distinguirse de la interpretación extensiva; mientras ésta importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto.

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)

2.2.3.9. La analogía en el derecho penal.

En materia penal, la conducta que coincide exactamente con el tipo legal es la penada, y no otra parecida o que pueda participar de las características de dos o más figuras delictiva, las demás carecen de relevancia en el orden penal.

2.2.3.9.1. Carácter de la prohibición de analogía.

Esta directriz esta impuesta por el principio de legalidad (nullum crimen sine praevia lege poenale), siendo consecuencia necesaria de este principio la prohibición de la analogía en el derecho penal.

2.2.3.9.2. 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).

2.2.3.9.3. *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 que el Derecho Penal contemporáneo prohíbe la creación de un Derecho Penal nuevo o ajeno al previsto por la ley (analogía iuris) o la ampliación a supuestos que no encajan en su texto (analogía legis). (p.131)

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

En este sentido (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.

2.2.3.10. Analogía e interpretación en el derecho penal.

Al respecto (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, págs. 142-143)

Por lo que se puede compartir que la analogía solo puede ser considerada como un medio más de la interpretación. Sin qué sea considerado como el único ni el más valioso. Puede abandonarse cuando así lo requiera el concurso de otros

métodos o procedimientos hermenéuticos o se oponga, por ejemplo, a criterios teleológicos más importantes.

2.2.4. 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).

2.2.4.1. 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 éste; 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).

b) 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. (Gascón, 2003, págs. 112-116)

2.2.4.2. 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) distingue:

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 stricto, 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, sólo 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 éste 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. (Gascón, 2003, págs. 116 - 121)

2.2.4.3. 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, sólo 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 sólo 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

sucedan 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 sólo 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 sólo 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”. (Gascón, 2003, págs. 123-126)

2.2.5. 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, 2003, pág. 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”.

2.2.5.1. 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 sólo de grado, dicha división fuerte concibe reglas y principios como entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes, donde toda norma es o bien una regla o bien un principio.

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 extrasistemáticos que reside en que los principios explícitos son directamente válidos porque el modo de obtener su validez no difiere del de las reglas (pertenecen al sistema de acuerdo con el criterio de legalidad); en tanto que los principios implícitos son indirectamente válidos porque su validez reposa sobre su adecuación a otras normas que sí son inmediatamente válidas (los principios implícitos pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad).

Según (García, 2003) refiere:

a) Las reglas: aplicación “todo o nada”.- Las reglas vienen hacer aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones, por lo cual el criterio de la aplicación de todo o nada de las reglas deriva finalmente del carácter exhaustivo de las excepciones.

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

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

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

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

Criterio de Jerarquía (*lex superior*).- según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también

resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía.

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

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

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

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

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

Siendo que con relación a los criterios de optimización viene 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 a separación entre reglas y principios y formular l 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)

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

Los profesores Atienza y Ruiz citados 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.

2.2.5.3. Reglas y principios como razones para la acción.

Según el modelo Atienza y Ruiz analizar la distinción entre reglas y principios es a través del carácter funcional. Donde las reglas son las razones excluyentes de la toma en consideración de otras razones, siendo éstas independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del

contenido de la regla, sino del origen (en el legislador) de tal regla. Mientras que un principio viene hacer una razón de primer orden para actuar, pero que no excluye de la deliberación, es decir; la toma en consideración de otros principios para actuar.

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

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

2.2.5.4. Juicio de ponderación.

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

2.2.5.4.1. 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 (García, 2003) refiere:

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

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

2.2.5.4.2. 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. Fín legítimo.-** La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: sino 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).

2.2.5.4.3. 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, ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

2.2.5.4.4. 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:

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

juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

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

2.2.6. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales.

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

2.2.6.1. Definición de derechos fundamentales.

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

La falta de consenso sobre el reconocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los valores a afirmar no puede dejar de reflejarse sobre el reconocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los derechos fundamentales a tutelar, en el

sentido que éstos justifican, dudas y preguntas que no pueden dejar de traducirse en dificultades epistemológicas sobre las formas y modos de su eventual cognoscibilidad, y en dificultades lógicas sobre las formas y modos en que se configuran el razonamiento y la argumentación jurídica, y más específicamente judicial, cuando tienen como objeto también los derechos fundamentales (pp. 242- 243).

2.2.6.2. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho.

Según el autor (Mezzarese, 2010) sostiene: “Que la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenomenológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (...) de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación en las que estimula y legitima la tematización de un modelo jurídico diferente y distinto del propio del estado (liberal) de derecho: esto es, modelo del Estado constitucional de Derecho.

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

material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados.

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

2.2.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho.

Señala (Mezzarese, 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.

Refiere (Mezzarese, 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 (Mezzarese, 2010) que no menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia:

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

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

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

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

2.2.6.4. 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.

2.2.6.4.1. 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 (Mezzarese, 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) (Mezzarese, 2010, págs. 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 (Mezzarese, 2010) Que con referencia al derecho internacional, son conocidas las críticas dirigidas al catálogo de derechos fundamentales enumerados en las cartas y/o en los pactos que se han sucedido a partir de la Declaración Universal de 1948, críticas que, aunque formuladas y argumentadas de formas diversas, denuncian, todas ellas, la connotación ideológico- cultural de matriz occidental y problematizan, cuando no niegan directamente, la pretendida universalidad (de parte) de los derechos fundamentales que han encontrado una afirmación explícita en estos documentos.

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

Indeterminación y criterios de interpretación: la formulación de los derechos fundamentales.- La fuente de indeterminación del conjunto de los derechos

fundamentales pone de relieve una dificultad obvia para su tutela judicial, cabiendo señalarse que no siempre para la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

Por ello como señala (Mezzarese, 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 (Mezzarese, 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.

Pero además tal como señala (Chiassoni, 2010) : 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. (Chiassoni, 2010, págs. 272-273)

2.2.7. Las Antinomias.

2.2.7.1. 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), violables o inviolables, susceptibles de observancia o insusceptibles de observancia, utilizables (para algún fin) o inutilizables, etc.

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

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

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

a) El común súbdito del derecho frente a dos normas contradictorias.- Las consecuencias lógicamente incompatibles que dos normas primarias reconocen a un mismo supuesto de hechos abstracto son contradictorios (o sea: dos normas son contradictorias) si: los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incerteza sobre el cual ellos pueden (deónticamente) y/o

deban tener (situación de duda práctica); queda sin embargo abierto un curso de acción que no comporta por su parte violación alguna de normas, si las normas antinómicas son normas de conducta; ni eventuales consecuencias desfavorables, si las normas antinómicas son normas atribuidas de status o, en general, normas constitutivas (duda práctica relativa).

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

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

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

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

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

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

A. Variaciones en Ross.-

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

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

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

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

otra norma, y viceversa, cuya imagen proyectada es la de dos círculos que se intersectan.

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

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

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

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

otra norma ponga, en cambio, una condición suficiente, pero no necesaria, de la misma consecuencia.

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

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

2.2.7.2. 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 pos 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)

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

No son buenas razones para sostener que, ciertas condiciones, las antinomias sean variables dependientes de la interpretación, tal como lo señala (Chiassoni,

2010) dependería en efecto de la interpretación su verificación, y/o su eliminación (cuanto menos en vía preventiva), y/o su creación. Por lo que la tesis según la cual las antinomias son variables dependientes de la interpretación puede estar de acuerdo en (al menos) dos modos diversos: a) como una tesis de teoría de las normas jurídicas; b) como una tesis de teoría de la interpretación (la cual presupone la adhesión a la tesis precedente de la teoría de las normas).

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

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

Antinomias entre normas explícitas.- Por definición, cada una de la dos normas incompatibles es (configurada o configurable) como el significado (o uno de los posibles significados) de una disposición. Si se conviene en llamar “interpretación textual” a la actividad que consiste en determinar el significado (presentado o presentable como jurídicamente correcto) de una disposición, entonces se puede afirmar en un primer sentido, débil si se quiere que las antinomias explícitas sean, indirectamente, de las variables dependientes de la interpretación (textual):

tales incompatibilidades transcurren en efecto entre normas que, por hipótesis, no pueden ser identificadas sin tener previamente desarrollado una actividad de tal tipo.

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

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

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

Los resultados de la fase de primera interpretación, desde el punto de vista de una fenomenología de las antinomias, pueden ser esquemáticamente, los siguientes:

Compatibilidad absoluta: Todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son compatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición;

Incompatibilidad absoluta: todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con todos los significados adscribibles a la otra disposición;

Incompatibilidad relativa: algunos de los significados adscribibles a una de las dos disposiciones son incompatibles con algunos de los significados adscribibles a la otra disposición.

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

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

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

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

incompatibilidad absoluta entre las normas explícitas recabables por las dos disposiciones.

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

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

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

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

De una parte son los criterios no-contenidos o formales (la prevalencia de una norma sobre la otra se hace depender de propiedades de las normas concluyentes diversas de su contenido, siendo los criterios jerárquico, competencia y cronológico); en tanto que los criterios contenidos o sustanciales (la prevalencia de una norma sobre la otra se hace depender, de propiedades referentes a su contenido, siendo los criterios de especialidad, excepcionalidad y axiológico. Estos últimos criterios

sustanciales son solamente considerados como metanormas de segundo nivel, que establecen cuál de las dos normas incompatibles de primer nivel debe prevalecer.

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

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

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

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

El criterio cronológico.- tradicionalmente expreso con el vocablo: *lex posterior derogat legi priori* la propiedad a fuerza de la cual una norma prevalece

sobre la norma, con ella incompatible, consiste en el hecho que la primera hubiese sido producida en un momento sucesivo.

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

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

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

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

totales-parciales de Ross) y comporta la abrogación parcial (o derogación) de la norma general.

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

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

Encuentra aplicación en presencia de antinomias distintas de aquellas a las cuales se aplica el criterio de especialidad, así como también puede servir para resolver antinomias parciales bilaterales (antinomias parciales-parciales de Rosss de los dos tipos primero 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. Este puede ser usado, además,

como un metacriterio de resoluciones de las antinomias entre criterios: como se ha visto tratando del conflicto entre criterio de especialidad y criterio cronológico. (pp. 310-316)

2.2.8. El Derecho a la Debida Motivación.

5.2.8.1. 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.

2.2.8.2. 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 (Figuroa, 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 en consideración los siguientes aspectos relacionados al tema:

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

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

De coherencia.- En razón de que el todo armónico puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, normas que eventualmente pueden llegar a contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, siendo resueltas por los jueces del estado constitucional de diversas formas: por métodos de solución de antinomias bajo criterios *lex superior derogat inferior*,

lex posterior derogat anterior o lex specialis derogat generalis cuando trata de conflictos normativos, o bajo otros parámetros: ponderación y principio de proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas-principios.

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

ii. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

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

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

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

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

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

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

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

2.2.9. La Sentencia Casatoria Penal.

Gonzales Novillo & Figueroa (1993) sobre casación refieren lo siguiente: “Casar” equivale a suprimir la resolución recurrida, proviniendo del latín cassare, de cassus, vano, nulo, significado en el lenguaje forense, anular, abrogar, derogar” (pág. 11)

2.2.9.1. Definiciones.

(Gimeno Sendra, Conde-Pumpido Tourón , & Garberí Llobregat, 2000), definen sucintamente la casación como: “recurso devolutivo y extraordinario ante el Órgano Supremo de la Jurisdicción” (pág. 197)

(Velásquez Niño Esequio & Sánchez Herrera, 1995) refieren que:

La casación es un medio de impugnación, extraordinaria, discrecional y de efecto suspensivo que se interpone contra las sentencias de segunda instancia proferidos por los tribunales superiores, para que uno de carácter supremo (la Corte Suprema de Justicia), revise y corrija los errores *in iudicando o in procedendo* existentes en la decisión de mérito, para buscar y procurar la aplicación exacta de la ley sustancial, reparar los agravios inferidos en una decisión injusta y unificar la jurisprudencia nacional. (Pág. 37)

Por su parte (Camacho Mejía, 1995), en relación al recurso de casación

afirma que:

Es un recurso extraordinario, como quiera que se pretende subsanar errores judiciales cometidos en las etapas ordinarias, en el que se supone en materia penal el agotamiento de estos, pues en este campo del Derecho no opera la casación *per saltum* conocida en otra rama. (Pág. 13)

(Pinilla Pinilla, 2006) considera que :

La casación, más allá de constituir una vía extraordinaria de impugnación, es la garantía final de indemnidad del debido proceso, además de haber tenido como objetivo primordial (...) la supervisión de la recta aplicación de las normas procesales y sustanciales en pro de los derechos, la neutralidad y las mayores posibilidades de acierto en la definición de cada conflicto. (Pág. 165)

(Benavente Chorres & Aylas Ortiz, 2010), definen la casación como:

(...) un medio de impugnación extraordinario con efecto devolutivo, del que conoce la Corte Suprema (si ser una tercera instancia), que se interpone exclusivamente por los motivos razados en la ley y contra las resoluciones judiciales expresamente previstas por ella, y que en materia penal presenta efectos no suspensivos y extensivo. (Pág 32)

(Díaz Cabello, 2014), define el recurso de casación penal como:

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 emitidas por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. (Pág. 47)

2.2.9.2. 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:

Artículo 429.- Causales. Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de alguna 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 expedida 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.

2.2.9.2.1. Infracción de preceptos constitucionales.

(Díaz Cabello, 2014) sostiene que:

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. (p. 68)

En cuanto a la infracción de preceptos constitucionales (Díaz, 2014), refiere que:

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. (p.68)

(Iguarán Arana, 2007) en torno al tema sostiene:

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. 518)

Sobre el particular, (Díaz, 2014) sostiene que:

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

2.2.9.2.2 *Infracción de normas sustanciales.*

También conocido como vicios o errores *in iudicando*, 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. (Díaz Cabello, 2014, pág. 70)

Al respecto (Maier, 1999) manifiesta que: “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.721).

2.2.9.2.3. 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. (Díaz Cabello, 2014, pág. 71)

2.2.9.2.4. *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. (Díaz Cabello, 2014, pág. 72)

2.2.9.2.5. *Apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la corte suprema.*

(Talavera Elguera, 2004) sobre el particular, indica que: “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 casaciona**”, (p. 93)

(Díaz Cabello, 2014), Señala que: “esta causal no se encontraba estipulada en el Código Procesal Penal de 1991, ¿Pero en qué consiste la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema y la doctrina jurisprudencial del tribunal Constitucional?” (págs. 72-73).

Con relación al primero se debe señalar que son conceptos o definiciones que realiza la Corte Suprema como máximo organismo del Poder Judicial y a los que se

hace referencia el artículo 433 del Código Procesal Penal. En cuanto a la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional, en sentencia del diecinueve de abril del dos mil siete (Expediente No. 4853-2004-PA/TC), el propio Tribunal Constitucional ha considerado como doctrina constitucional a:

“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 (...)”.

Se considera que esta 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 los precedentes constitucionales, 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. (Díaz Cabello, 2014)

2.2.9.3. La casación penal en nuestro sistema jurídico peruano.

Es conveniente precisar que en nuestra legislación 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. Recién con el Código Procesal Penal de 1991 se incorporó por primera vez el recurso de casación en materia penal, sin embargo, las disposiciones referidas a dicho recurso extraordinario nunca entraron en vigencia.

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

Artículo 427.- Procedencia

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Superiores.
2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:
 - a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
 - b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

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

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

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

Artículo 428.- Desestimación

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

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

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

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

d) El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si esta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso; o si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

2. También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:

a) Carezca manifiestamente de fundamento;

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

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

Artículo 429.- Causales

Son causales para interponer recurso de casación:

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

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

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

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

5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte

Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Artículo 430.- Interposición y admisión

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el

fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

2. Interpuesto el recurso de casación, la Sala Penal Superior solo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen distintas de los enumerados en el código.

3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

4. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.

5. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.

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

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

Artículo 431.- Preparación y audiencia

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

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

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

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

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

Artículo 432.- Competencia

1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo cuando a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 434.- Efectos de la anulación

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

Artículo 435.- Libertad del imputado

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

Artículo 436.- Improcedencia de recursos.

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

2.2.9.4. Fines del recurso de casación penal.

Existen diversas posiciones respecto a los objetivos o fines que se persigue con el recurso de casación penal.

Sobre el particular, (Nieva Fenoll, 2000), distingue entre fines aparentes y fines estrictos de la casación:

Entre los primeros se encuentra la formación de la jurisprudencia que no sería sino la manera de garantizar la protección de la norma jurídica y, por otro lado, la

casación de la sentencia contraria a derecho, sin embargo, las sentencias que no casa la resolución recurrida también forma jurisprudencia y protege el ordenamiento jurídico. Respecto a los fines estrictos de la casación penal, distingue entre fines inmediatos y mediatos, entre los primeros se encontraría la función nomofiláctica y de protección del *ius litigatores* (a diferencia de la casación civil en la que la única función principal es la función nomofiláctica), mientras que la preservación del principio de igualdad vendría a ser el fin mediato de la casación penal. (págs. 57-58)

La casación penal responde tanto el *ius litigatores* como el *ius constitutiones*, de manera que ambos *iura* son finalidades principales del mismo. No puede señalarse que la casación penal esté dispuesta al único provecho del Estado para proteger la norma jurídico-penal, ya que de lo contrario, por ejemplo, no tendría efecto suspensivo. Se trata de proteger al reo con una última oportunidad para salvarle de la prisión. (Nieva Fenoll, 2000, pág. 58)

Si bien es cierto el recurso de casación en su etapa inicial solo tenía como función única y exclusiva el velar por el cumplimiento estricto de la ley, para ser ampliada a la función de unificación de la jurisprudencia, sin pretender resolver el caso concreto, actualmente dicha limitación ha sido superada por diversos motivos:

- a) En primer lugar, se debe tener en cuenta que el recurso de casación surgió en una época en que la sumisión del Poder al Derecho se configuraba dentro de una ideología legalista, se pensaba que la ley no tenía defectos y que siempre era justa; se creía que las Constituciones eran meras cartas políticas que no tenían ningún carácter normativo y existía desconfianza

en los jueces. Actualmente la idea de un Estado de Derecho legalista se ha superado, tal es así que hoy se habla de un Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución deja de ser una mera carta política para convertirse en una norma jurídica propiamente dicha, pero no en cualquier norma jurídica, sino, en la norma jurídica suprema, al cual están sujetos todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial; en consecuencia, con el recurso de casación no solo se busca velar por el cumplimiento de las normas legales, sino, principalmente, por el respeto irrestricto de la Constitución.

- b) En segundo lugar, si bien es cierto el recurso de casación es considerado un recurso extraordinario sujeto a determinadas condiciones y al análisis solo de las cuestiones de derecho de la resolución recurrida, ello no es óbice para que dicho recurso tenga por finalidad la justicia en el caso concreto a través de una correcta aplicación de la norma (*ius litigatoris*), tal es así, que si la Corte Suprema casa una sentencia, puede emitir un pronunciamiento de fondo o reenviar al Tribunal que expidió la resolución impugnada para que este se pronuncie nuevamente teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia de casación.
- c) En tercer lugar, debemos tener en cuenta que para que una resolución judicial goce de legitimidad, no solo debe contener fundamentos de hecho y de derecho, sino que además debe tener una coherencia lógica, de tal manera que el resultado o fallo del mismo, sea una consecuencia lógica de los considerandos que la preceden, es lo que se conoce como justificación interna o justificación lógico-deductiva, en consecuencia, no basta que

una norma constitucional o legal haya sido correctamente interpretada o que los hechos hayan sido correctamente enunciados, sino que además es necesario que la resolución que expida el juez tenga una coherencia lógica que justifique el fallo final.

De lo expuesto anteriormente, se debe manifestar que el recurso de casación cumple una finalidad directa o inmediata: La tutela de intereses de las partes, y junto a ella, necesariamente alguna de las tres funciones siguientes:

- a) Nomofiláctica o de defensa de la orden jurídica en su conjunto.
- b) Unificadora de la jurisprudencia nacional.
- c) Control de logicidad.

1. **Fin inmediato:** La tutela de intereses de las partes.

Llamada también función dikelógica, el recurso de casación no deja de ser un recurso, extraordinario claro está, 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.

(López Puleio, 2006, pág. 208)

En igual sentido Benavente & Aylas (2010), refieren que:

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. (Benavente Chorres & Aylas Ortiz, 2010, pág. 55)

En lo concerniente a 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 legal que reconoce la posibilidad de desistimiento del recurso de casación por quien lo interpuso. (Díaz Cabello, 2014)

2) Fines mediatos

2.1) Nomofiláctico

Es la más antigua y principal función del recurso de casación que con el cambio del modelo de Estado legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho mencionado anteriormente, ya no pretende garantizar la estricta sujeción a un dispositivo legal, sino el pleno respeto a las disposiciones constitucionales, así como a las restantes normas materiales y procesales de carácter penal, pero teniendo como parámetro de valoración a la norma constitucional.

“(…) la casación cumple una función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda del ordenamiento jurídico en un sentido formal” (Neyra Flores, 2014, pág. 38).

El Código Procesal Penal ha reconocido esta finalidad de la casación al establecer como causal para la interpretación de este recurso cuando se contraviene la constitución, disposiciones legales de orden material y las de orden procesal cuya inobservancia es sancionada con nulidad.

2.2) 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 (2014) 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) no comparte la posición anterior, 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.

En tal virtud, Benavente (2010) refiere que:

La casación funciona para descalificar las erróneas corrientes de interpretación de la ley por parte de los jueces de instancia; de tal forma que impide que los criterios erróneos al ser difundidos puedan crear confusión a nivel de los juzgadores al interpretar una ley; con lo que se evita que la jurisprudencia futura se contagie de tales erróneos criterios. (p.52)

2.3) Función de control de logicidad

Díaz (2014) considera que las sentencias o autos deben contener razones o argumentos que justifiquen la decisión adoptada, en tal virtud cuando se habla de motivar las sentencias o autos lo que se solicita del juzgador es que justifique las razones por las que tomó tal decisión, pero no basta que existan razones o justificaciones en una sentencia o auto que pone fin a la instancia, sino que además la obligación es de que exista una coherencia lógica entre los argumentos que sustentan la decisión y el fallo mismo y no solo eso, sino también debe existir una coherencia lógica entre los mismos argumentos, de tal manera que no exista contradicción entre ellos.

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

ausencia de las premisas mayor o menor de la inferencia jurídica. (Benavente & Aylas, 2010, pág. 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 (Poder Judicial, 2015) ininteligibles u oscuras, que hacen difícil la comprensión del relato, o incurrido en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos.

Sin embargo, estas deficiencias, para constituir un motivo valedero de casación (penal), explica Luzón Cuesta, deben estar en conexión con los condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados, provocando una laguna o vacío en la descripción histórica de estos, que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica, de forma que no puede orientar, dentro del silogismo en que la sentencia queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio o absolutorio. (Benavente & Aylas, 2010, pág. 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 las reparaciones civiles confusas, dubitativas o imprecisas. El tribunal ha empleado expresiones oscuras o de imposible comprensión, que imposibilitan comprender el juicio jurídico y deslindar con seguridad los exactos motivos que sustentaron un determinado sentido el fallo, en rigor, de su parte resolutive.

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

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

2.2.9.5. Clases de casación.

2.2.9.5.1. Por su amplitud.

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

i. Recurso de casación ordinaria.- Es el recurso de casación per se, que para su admisión y trámite se requiere que cumpla con los presupuestos legales establecidos

de manera taxativa por el Código Procesal Penal, pues de lo contrario debe ser declarado inadmisibile.

ii. Recurso de casación discrecional.- Los autores Velásquez Niño y Sánchez Herrera, comentando la legislación colombiana, refieren que el recurso de casación recibe el nombre de discrecional porque no es un imperativo concederlo, sino que la Corte, a su arbitrio, decide si admite o no el recurso cuando considere que es conveniente para el desarrollo de la jurisprudencia o como garantía de los derechos fundamentales. (Benavente & Aylas, 2010, pág. 53)

En nuestra legislación nacional este tipo de casación se encuentra regulado en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal, pues en él se dispone expresamente: “Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”.

Como una exigencia adicional, el Código Procesal Penal en el numeral 3 del artículo 430, establece que si se invoca esta casación discrecional, sin perjuicio de señalar y justificar la causal que corresponde conforme el artículo 429, el impugnante deberá consignar de manera puntual las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende; en consecuencia, la Sala Penal Superior antes de conceder el recurso de casación planteado, además de verificar el cumplimiento de las formalidades exigidas por el artículo 405 del Código Procesal Penal y que se invoque alguna de las causales enumerados en el artículo 429 del citado Código, deberá constatar la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

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

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

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

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

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

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

2.2.9.6. Requisitos de admisibilidad del recurso de casación.

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

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.

2.2.9.7. Limitaciones a la procedencia del recurso de casación.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 427, numeral 2) del Código Procesal Penal del 2004, la procedencia del recurso de casación está sujeta a las siguientes limitaciones, las cuales son debidamente expuestas por (Benavente & Aylas, 2010):

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 & Aylas, 2010, pág. 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 & Aylas, 2010, pág. 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 & Aylas, 2010, pág. 109; Benavente & Aylas, 2010) 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.

2.3. 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 ordenados según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente. (Poder Judicial, 2015)

Encontrar definiciones a cerca de los siguientes términos:

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. Cabe destacar, de todas formas, que el concepto puede interpretarse de distintas formas según el país que, en ciertas regiones, no designa al tribunal de mayor jerarquía.

Distrito Judicial. Un distrito judicial es la subdivisión territorial del Perú para efectos de la organización del Poder Judicial. Cada distrito judicial es encabezado por una Sala Superior de Justicia.

Normas Legales. Una norma jurídica es una regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar a una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos.

Normas Constitucionales. Es la regla o precepto de carácter fundamental, establecida por el Poder constituyente y de competencia suprema. Las normas constitucionales emanan de las normas jurídicas. a) Imperativas: su aplicación funcionan inmediata y directamente. Nos definen el orden político jurídico del Estado.

Técnicas de Interpretación. Se suele distinguir dos técnicas básicas: *interpretación simultánea*, en la que como su nombre indica, el intérprete reproduce el mensaje de forma inmediata en la lengua de llegada mientras

el orador sigue hablando, sin interrupciones; e *interpretación consecutiva*, en la que el orador interrumpe su discurso ...

2.4 Sistema de hipótesis

Las técnicas de interpretación aplicadas para solucionar las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua - Lima. 2017; son la propia Interpretación, la Integración y La Argumentación con sus respectivos componentes.

III. METODOLOGÍA

3.1. El Tipo y Nivel de la Investigación

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

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

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

Por lo tanto, ambos tipos de investigación proponen nuevas observaciones y evaluaciones para esclarecer, modificar y fundamentar las suposiciones e ideas o incluso generar otras. (Hernández, Fernández & Batista, 2014, p. 4)

3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico

Exploratorio: Es exploratorio porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito será examinar una variable poco estudiada (incompatibilidad normativa y técnicas de interpretación), porque hasta el momento de la planificación de investigación se ha encontrado estudios relativamente conocidos, por lo cual el

investigador podrá efectuar una investigación más completa respecto a un contexto particular (sentencias emitidas por el órgano supremo).

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

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

3.2. Diseño de Investigación: método hermenéutico dialéctico

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

3.3. Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estará constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el No. 00386-2011-42-2801- JR-PE-01 del distrito judicial de Moquegua – Lima. 2017, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

3.4. Definición y Operacionalización de las Variables y los Indicadores

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
X₁: INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomias	TÉCNICAS: ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
				Validez material		
			COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO: Lista de cotejo
			Confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma.		Juicio de ponderación	
Y₁: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	
				Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	
			INTEGRACIÓN	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malam partem ▪ Bonam partem 	
			Del latín <i>interprepari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora 	
		Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se				

		texto legal.	procede a la integración de la norma.	Lagunas de ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto ▪ Axiológica 	
				Argumentos de interpretación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento a pari ▪ Argumento ab minoris ad maius ▪ Argumento ab maioris ad minus ▪ Argumento a fortiori ▪ Argumento a contrario 	
			ARGUMENTACIÓN Tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho.	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	
				Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	
				Argumentos interpretativos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae ▪ Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios 	

3.5. Técnicas e Instrumentos

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

3.6. Plan de Análisis

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

3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

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

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

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

3.6.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

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

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

recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidenciará como Anexo para el Informe de Tesis.

3.7. Matriz de consistencia.

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA, EN EL EXPEDIENTE N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 DEL DISTRITO JUDICIAL DE MOQUEGUA – LIMA. 2017	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017?	Objetivo General: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017?	X1: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Independiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	TÉCNICAS: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
		Resultados					<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 		
		Medios				<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico- Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	INSTRUMENTO: Lista de cotejo		
		INTEGRACIÓN				Analogía		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malam partem ▪ Bonam partem 	
						Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: - Creativa - Interpretativa - Integradora 	Población-Muestra	
						Laguna de la ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto ▪ Axiológica 	Poblacion: Expediente judicial consignado con el N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 perteneciente al Distrito Judicial de Moquegua.	
						Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 		

3.8. Consideraciones Éticas

3.8.1. Consideraciones éticas.

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

3.8.2. Rigor científico.

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

Finalmente, se precisa que la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable; Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos; el contenido de la Declaración de Compromiso Ético; el Diseño de los cuadros para presentar los resultados, y el procedimiento aplicado para la determinación de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio, será

realizado por el Docente en Investigación a cargo de la Asignatura de Tesis

(ULADECH Católica – Sede central: Chimbote – Perú.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

Cuadro 1: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima.

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la incompatibilidad normativa		
					Nunca	A veces	Siempre	Nunca	A veces	Siempre
					[0,5]	[1,5]	[2,5]	[0-6]	[07-12]	[13-20]
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validéz formal	<p>SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN No. 460-2013 MOQUEGUA</p> <p>Sumilla: la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada por el Ministerio Público con una actividad probatoria suficiente, lícita y dentro de los plazos previstos</p> <p>Lima, nueve de junio de dos mil quince</p>	<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma. (Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) Si cumple.</p>		X		1	6	7.5
		Validéz material	<p>ANTECEDENTES:</p> <p>Primero. El cinco de diciembre de dos mil once, de fojas ocho, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria (aclarada por disposición del veinticuatro de mayo de dos mil doce, de fojas doce) contra J.C.B.M, L.A.U.T. y L.F.R.L. por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en perjuicio de J.C.E.C. y L.R.P.P. y por el delito contra la Seguridad Pública-uso de armas en estado de ebriedad, en agravio de la sociedad.</p> <p>Segundo. Concluida la investigación preparatoria mediante disposición del seis de junio de dos mil doce, el fiscal emitió requerimiento acusatorio el trece de julio de dos mil doce, obrante a fojas treinta y</p>	<p>2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) No cumple.</p>	X					
				<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales. (Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) Si cumple.</p>		X				

		cuatro, contra J.C.B.M., L.A.U.T. y L.F.R.L., en calidad de autores, por la comisión del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en perjuicio de J. C. E. C. y L.R.P.P. y contra J.C.B.M. en calidad de autor, por el delito contra la Seguridad Pública-uso de armas en estado de ebriedad, en agravio de la sociedad, y contra L.A.U.T. y L.F.R.L., en calidad de autores, por el delito contra 'la Seguridad Pública tenencia ilegal de armas en agravio de la sociedad; y solicita, que se le imponga a los procesados quince años y seis meses de pena privativa de libertad por los delitos imputados, asimismo, a J.C.B.M. inhabilitación de un año y seis meses de suspensión de licencia para hacer uso de arma de fuego, y solicita se fije en quinientos nuevos soles el monto que por concepto reparación civil deberá abonar a la parte agraviada por el delito de uso de armas en estado de ebriedad. Para los otros procesados solicita se fije en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a la parte agraviada por el delito de tenencia ilegal de armas, omitiendo pronunciarse por el delito de robo agravado por haberse constituidos los agravados en actores civiles	2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. (Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) Si cumple.			X			
			3. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el Art. 429° del Código Procesal Penal. (Las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) Si cumple.		X				
	Colisión	Contro I difuso	1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple.	X					
2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)) Si cumple.				X					
3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) Si cumple.						X			
4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. (El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental) Si cumple.							X		
		<p>I. Aspectos generales</p> <p>Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del dos de mayo de dos mil catorce -calificación de casación-. Obrante a fojas dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido a la causal de presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.</p> <p>Segundo. Se imputa que el cuatro de diciembre de dos mil once, los imputados J.C.B.M., L.A.U.T. y L.F.R.L. se encontraban en el Distrito de Tarata consumiendo bebidas alcohólicas, luego salieron del distrito con dirección a Moquegua a bordo de un vehículo conducido por su compañero H.S.A., quien se encontraba acompañado de su enamorada Y.N.H.Y. Aproximadamente a las dieciocho horas con treinta minutos, cuando se encontraban en el camino de trocha, S.A. escucha disparos, voltea y ve haciéndolo al aire a B.M., frena se estaciona, baja y le increpa su actitud y comienzan a forcejear por la pistola, le pide que se calme porque estaba mareado, después los otros se acercan a reclamarle porque le quitó la pistola por lo que se retiró dejándolos en la carretera. Específicamente se encontraban en la carretera trocha carrozable Yacango-cruce del Toro, siendo el imputado J.C.B.M. quien haría disparos al aire, portar el arma. Mientras que a L.A.U.T. y L.F.R.L., se les atribuye que premunidos de un arma de fuego procedieron a realizar disparos al aire, momento dotado al imputado B.M. y que pertenece al Estado. Al ser intervenidos por la Policía Nacional en la trocha carrozable se encontró a L.F.R.L. en posesión de la pistola desmontada marca Browning, número de serie mil cuatrocientos catorce, calibre nueve milímetros, siendo</p>							

sometidos a la prueba de desoje étlico resultó positiva para los tres.

Tercero. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas quinientos noventa y tres, alega que: i) Sobre la primera causal, motivación de resoluciones judiciales, que se vulneró la justificación externa al no explicar las razones por que se llega a concluir en premisas que van a constituir el fundamento del fallo. ii) Sobre el tipo penal de tenencia ilegal de armas, la premisa mayor de su razonamiento es que exige el animus posidendi o detendi, de tal manera que una posesión transitoria o circunstancial abonaría una ausencia de fipicidad subjetiva, la premisa menor, es que se acreditó que los disparos ejecutados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido proporcionada por el Ejército peruano y que R.L. desmontó para ser entregado en la intervención que se les practicó. Ambas conductas se encuentran desprovistas del animus de posesión. iii) No hay ninguna justificación de la premisa menor, por lo que no existe justificación externa, no explica por qué la conducta de los acusados estaría desprovista del animus de posesión. iv) La Sala Penal debió argumentar el por qué en los actos de realizar disparos con un arma ajena no existe animus posidendi, o al poseer un arma y luego desmontarla tampoco existe ese animus. v) Sobre el delito de uso de armas en estado de ebriedad, se plantea como premisa mayor que es un delito de peligro concreto, por lo que el bien jurídico debe estar ente en peligro. Como premisa menor señala que el imputado Becerra Malea efectuó disparos en la carretera cuando se encontraba en el vehículo de su amigo Saavedra Arrasque, por Jo que no se ha verificado que la acción del arma de fuego fuera potencial para la creación del peligro. vi) Es decir, la Sala de Apelaciones exige que el uso del arma sea idónea para crear un peligro para la seguridad pública, pero concluye sin mayor análisis que esto no ha sido verificado, que no tiene mayor argumentación, pues exige que se encuentre en la imputación, pero es una cuestión de demostración en el juicio oral. vii) Se acredita que Becerra Malea, en estado de ebriedad, realizó disparos con su arma de fuego en plena carretera y en el interior del automóvil en movimiento donde viajaba. Obviamente esto causó peligro a la seguridad pública, por lo que sí existió idoneidad, que debió responder lo Sala de Apelaciones para concluir que tal uso no fue idóneo para poner en péligro la seguridad pública.

Cuarto. El Juzgado Penal Colegiado de Mariscal Nieto condenó a los procesados sobre la base que se encuentra acreditado que: i) El cuatro de diciembre de dos mil once, en horas de la noche, cuando J.E.T. y L.P.P. circulaban en un vehículo con sus menores hijos de iniciales J. E. P. y G. E. P., a la altura de la trocha carrozable Yacango con el cruce del Toro fueron interceptados por los tres acusados. ii) L.A.U.T. luego de realizar unos disparos al aire procede a apuntar al vehículo a la altura del parabrisas, por lo que E.T. detiene el vehículo

y posteriormente R.L., luego de abrir la puerta del vehículo procede a sacarlo del mismo y rebuscarle los bolsillos, sustrayendo una billetera que no contenía dinero, la que es inmediatamente recuperada. iii) Sobre el delito de tenencia ilegal de armas, U.T. realizó disparos al aire con el arma de dotación de J.B.M., como se desprende de la inspección criminalística y acta de recojo de indicios, evidencia que acredita haberse hallado en el sitio del suceso trece casquillos, doce balas y envoltura de munición. E.T. y P.P. refirieron que al momento del asalto el acusado U.T. realizó múltiples disparos de armas de fuego. R.L. fue encontrado por la Policía Nacional con la pistola desmontada de dotación de B.M. conforme a las declaraciones del efectivo policial S.Ch., L.C. y su acta de registro personal. iv) En cuanto al delito de uso de arma de fuego en estado de ebriedad, se acreditó que B.M. llegó sobrio a Tarata y allí, a pesar de saber que portaba su arma de fuego y municiones, empezó a ingerir y combinar cerveza, pisco, licor de damasco y vino, llegando a embriagarse en grado significativo, conforme al examen pericial químico farmacéutico. Asimismo, B.M. realizó disparos con su arma de fuego dentro del vehículo en el que regresaba a Moquegua, poniendo en riesgo a viajeros como lo ha señalado H.Y. y S.A., v) B.M. al momento de realizar los disparos contaba con licencia para portar arma, conforme a su registro personal y oralización de oficios. vi) La existencia de los delitos de tenencia ilegal de armas y uso de armas en estado de ebriedad se corroboran con la diligencia de reconstrucción de los hechos, donde los tres acusados, en presencia de su abogado defensor, reconocen haber disparado varias veces, el acta de intervención policial da cuenta que al ser abordados por efectivos policiales, U.T. y R. L. indicaron que ellos estaban realizando disparos, así como lo señalado por R.M., en el sentido que la intervención policial fue por haber recibido una comunicación de asalto y tiros en la carretera y el examen pericial y dictamen balístico, que indicó que los casquillos fueron percutados por el arma de B.M..

Quinto. El Tribunal Superior para absolver a los procesados indicó:

i) Sobre la posesión ilegítima del arma de fuego, que U.T. y R.L. señalan que era de su cosentenciado B.M. El tipo penal exige animus possidendi o detinendi, por lo que una posesión transitoria o circunstancial implicaría ausencia de tipicidad subjetiva. ii) El Fiscal atribuyó que U.T. realizó disparos al aire con el arma de dotación que pertenecía a B.M. y que R.L. Tenía en su posesión la pistola desmontada en siete partes. iii) Ambos procesados manifestaron en la audiencia de juicio oral que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por la empleadora (Ejército peruano), que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les realizó. iv) Ambas conductas están desprovistas del animus de posesión, por lo que se les debe absolver. v) Sobre el uso de armas en estado de

ebriedad, este es un delito de peligro concreto y exige crear un peligro para la seguridad pública, siendo la imputación que B.M. efectuó disparos cuando se encontraba en el vehículo de su amigo S.A., antes que se produjera el encuentro con el agraviado, lo que no ha sido verificado en la propuesta fiscal ni en la sentencia apelada. Asimismo, es de referir, conforme al considerando séptimo de los antecedentes que se absolvió a los citados procesados por el delito de robo, extremo que no fue recurrido en casación. Sexto. Como ya ha referido esta Corte Suprema en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, del trece de febrero de dos mil ocho, el recurso de casación no configura una nueva y tercera instancia, al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene facultades limitados a motivos tasados, por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a: a) la falta de motivación, b) la deficiente motivación, c) la insuficiente motivación, d) la aparente motivación y e) la incongruencia entre considerandos y la parte resolutive de la decisión.

2. Sobre el delito de tenencia ilegal de armas

2.1. La motivación de las sentencias

Séptimo. El artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco de la Constitución Política del Estado, el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso tres del Código Procesal Penal. Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional en hábeas corpus y amparo, sentencias de este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como presedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen respecto de la motivación de las resoluciones que debe examinarse para su corrección los siguientes componentes: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible.

b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica,

2.2. La motivación en la sentencia de segunda instancia

Octavo. La sentencia de vista cuestionada señala que el tipo penal exige animus possidendi o detinendi, por lo que la acción de los imputados de posesión transitoria o circunstancial produce ausencia de tipicidad subjetiva. Esta sería la premisa mayor, que justificaría su decisión.

Noveno. Sustenta esta afirmación señalando que la imputación versa en que se atribuyó a U.T. que realizó disparos al aire con el armo de dotación

que pertenecía a B.M. y que R.L. tenía en su posesión la pistola desmontada en siete partes y que ambos procesados manifestaron en la audiencia de juicio oral que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por la empleadora (Ejército peruano), y que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les realizó. Esta sería la premisa menor que llevaría o concluir por la falta de tipicidad subjetiva.

Décimo. Existen deficiencias en la motivación externa, pues las premisas de las que parte la Sala de Apelaciones no han sido confrontadas respecto de su validez fáctica o jurídica. En este caso se trata de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable.

Décimo primero. En el presente caso la Sala de Apelaciones señala que el tipo penal de tenencia ilegal de armas exige un ánimo subjetivo distinto al dolo, que su ausencia determina la atipicidad de la conducta.

Décimo segundo. El artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal señala: "El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

Décimo Tercero. Se advierte que el tipo penal no exige algún ánimo subjetivo distinto al dolo que pueda producir una atipicidad. Sin embargo, la Sala de Apelaciones justifica esta opción interpretativa, pero la misma no tiene respaldo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y pese a ello fue este argumento su base para sostener la atipicidad y absolver a los imputados.

Décimo cuarto. En el mismo sentido, la Sala de Apelaciones da por acreditado que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por el Ejército Peruano y que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les realizó.

Décimo quinto. Para esto solo se vale de sus declaraciones, que son en esencia manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa, que solo pueden tener efectos probatorios si es que cumplen con las garantías de certeza que el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciseis: i) Ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) Verosimilitud y iii) Persistencia en la incriminación, análisis que no se hizo y, por ende, no se motivó.

2.3. Lo motivación en la sentencia de primera Instancia

Décimo sexto. La falta de motivación de la sentencia de segunda instancia se extiende a la de primera instancia, que tampoco fundamenta la opción condenatoria a la que llega.

Décimo séptimo. Pues al inicio de la redacción hace un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral y, sin mayor análisis, concluye que determinados hechos están probados (señalados en el considerando cuarto), es decir, no existió una valoración de la prueba de cargo y de descargo indicada en la sentencia, individual de cada uno con su resultado probatorio, ni la valoración conjunta, para concluir con hechos probados o no, y la operación por la cual estos se encuadran en la figura típica imputada y establecer la verdad y proveer justicia.

Décimo octavo. Incurriéndose en el vicio de motivación aparente, pues no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión (que debió plasmarse en la valoración de la prueba). Asimismo, a pesar que en el juicio oral se actuaron medios de prueba que versan sobre el estado de inimputabilidad de los acusados, siendo el objeto de debate, no se pronunciaron.

Décimo noveno. Tal como ha establecido la sentencia de Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, del siete de abril de dos mil quince, el Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar de oficio una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella.

Vigésimo. La nulidad absoluta o acto defectuoso por un vicio insubsanable no responde solo al interés de las partes, sino se presume un interés de la colectividad en la carencia de efectos en ciertos actos especialmente graves, los mismos que tienen que ver con la lesión a los presupuestos procesales, como son la falta de capacidad del juzgador, la ausencia de las partes y la afectación al contenido esencial de los Derechos fundamentales. En todos aquellos casos de violación directa a normas constitucionales el daño al interés protegido se presume y deberá probarse que no ha causado ningún tipo de perjuicio. En este caso se trata sobre un vicio que afecta un principio esencial del derecho como la motivación de las resoluciones, lo que podría implicar la nulidad de las resoluciones citadas.

2.4. Decisión sobre el caso

Vigésimo primero. Sin embargo, esta serie de omisiones en ambas instancias afectan los derechos de los imputados a la presunción de inocencia, a la motivación y a que un proceso se resuelva en un plazo razonable, que por efecto de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional expediente número doscientos noventa y cinco-dos mil

doce-HC/TC, se contabiliza desde que se abre la investigación preliminar, el cinco de diciembre de dos mil once, por lo que a la fecha han transcurrido tres años y seis meses para investigar y Juzgar un delito de tenencia ilegal de armas contra tres imputados, que no es complejo, al no existir dilaciones por parte de ninguno de los procesados, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo, conforme con lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

Vigésimo segundo. El delito de tenencia ilegal de armas exige que sin autorización el agente tenga en su poder estas armas. De lo revisado es claro que los procesados U.T. y R.L. no contaban con licencia, como da cuenta el Oficio número cero cuarenta y tres/sal/veintiuno punto cero uno punto cero tres, de diecinueve de diciembre de dos mil once, oralizado en el juicio oral, que señala que no registran ser propietarios de algún armamento. Entonces, queda acreditar la posesión del arma.

2.3.1. Sobre el acusado U.T.

Vigésimo tercero. En este caso no se acreditó la posesión, pues no existe un acta de registro o incautación que lo pruebe, además, que en el juicio oral no aceptó estos hechos, pues señaló que se encontraba en estado de ebriedad.

Vigésimo cuarto. No existiendo otro medio de prueba que lo acredite, pues el acta de reconstrucción de hechos no puede suplir su aclaración en el juicio oral y ser un medio autoincriminatorio; además, que a lo largo de esta diligencia los procesados han referido acordarse solo de algunos hechos, pues estaban en estado de ebriedad, lo cual se corrobora con el informe número cero dos-dos mil doce-LIF-DML de fojas doscientos sesenta y cuatro. leído en el juicio oral, que señala que al momento de los hechos, aproximadamente, a las diecinueve horas contaba con dos punto cero cuatro gramos por litro de alcohol en la sangre, lo que, según la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, lo ubica en el espectro de la ebriedad absoluta (uno punto cinco-dos punto cinco gramos por litro), en el que existe excitación, confusión, agresividad, alteraciones de las percepción y pérdida de control. Asimismo, dio negativo para el examen de plomo, bario y antimonio, lo que contradice el hecho que hubiere manipulado y disparado el arma.

Vigésimo quinto. Existiendo dos versiones, una de cargo y otro exculpatoria, que pueden explicar el mismo hecho imputado, no se ha desvirtuado su presunción de inocencia.

2.3.2. Sobre el acusado R.L.

Vigésimo sexto. Sobre este acusado pesa la misma imputación, por lo que solo queda acreditar la posesión del arma, que en este caso si se probó,

pues según el acta de registro, él era quien la traía, acercándose a los efectivos policiales y entregándola desmontada en siete partes

Vigésimo séptimo. Poseía arma, pero las circunstancias en las que fue entregada, otorgan verosimilitud a su versión exculpatoria, que la tenía para desmontarla, de otra forma, no estando dentro del campo visual de la intervención que se practicó a sus coimputados, hubiera escapado, pero, al contrario se dirigió donde se intervenía a ellos y entregó el arma.

Vigésimo octavo. Dio negativo para el examen de plomo, bario y antimonio, por lo que no se podrá probar que efectuó disparos o que utilizó para otros fines el arma.

Vigésimo noveno. Como se establece en el considerando veintidós, respecto a la situación jurídica de su coprocesado U.T., el acta de reconstrucción de hechos no puede suplir su declaración en el juicio rol, que los niega y ser un medio autoincriminatorio, y a lo largo de esta diligencia han referido acordarse solo de algunos momentos pues se encontraban en estado de ebriedad, lo cual se acredita con el dictamen número dos cero uno uno cero tres nueve tres, que indica que presentaba uno punto setenta y cinco gramos por litro de alcohol, al momento del examen; así como el informe número cero dos-dos mil doce-IIF-DML que indica, sobre la base del método Widmark, que al momento de los hechos contaba con dos punto sesenta y un gramos de alcohol en la sangre, según la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, que establece los valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona, al encontrarse esta cantidad de alcohol en la sangre se produce en el agente: estupor, apatía, falta de respuesta o los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de esfínteres.

Trigésimo. Existiendo dos versiones, una de cargo y otra exculpatoria, no se ha desvirtuado su presunción de inocencia, como se advirtió en el caso anterior en el fundamento vigésimo quinto.

3. Sobre el delito de uso de armas en estado de ebriedad

3.1. La motivación en la sentencia de segundo instancia

Trigésimo primero. Señalo la Sala de Apelaciones que este es un delito peligro concreto y exige crear un peligro para la seguridad pública, siendo la imputación que efectuó disparos cuando se encontraba en el vehículo de su amigo S.A., antes que se produjera el encuentro con quien fue considerado agraviado por delito de robo agravado, por lo que no ha sido verificada la puesta en peligro en la propuesta fiscal ni en la sentencia apelada.

Trigésimo segundo. Esta afirmación que lleva a la absolución del acusado contiene una motivación aparente, pues no da cuenta de las

razones mínimas que sustentan la decisión, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Trigésimo tercero. Esto es así toda vez que no explica cómo es que no existe este peligro para terceros, cuando es una máxima de la experiencia que una persona que efectúa disparos, en estado de ebriedad, implica un peligro para quienes están alrededor de este.

Trigésimo cuarto. Es evidente que esta acción habiendo personas cerca de él de por sí configura el tipo, sin embargo, la Sala Penal no respondió esto y sin efectuar mayor justificación señala que no se acreditó este elemento.

3.2. La motivación en la sentencia de primera instancia

Trigésimo quinto. No obstante la falta de justificación de la sentencia de segunda instancia, en este extremo, se advierte que la de primera instancia tampoco cumple la motivación de la opción condenatoria a la que llega.

Trigésimo sexto. Pues al inicio de la redacción hace un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral; sin embargo, sin mayor análisis, concluye que determinados hechos están probados (señalados en el considerando cuarto), es decir, no existió una valoración de la prueba producida en el juzgamiento, citada en la sentencia, pues no se realizó el análisis probatorio individual, ni en conjunto de las pruebas para establecer acreditados ciertos hechos y el razonamiento que encuadre en la figura típica imputada y tampoco se pronunció sobre el estado de inimputabilidad del acusado, por lo que también es aparente la motivación.

3.3. Decisión sobre el caso

Trigésimo séptimo. El órgano judicial sostiene que está acreditado que el imputado B.M. efectuó disparos con su pistola en el automóvil en el que regresaba del Distrito de Tarata a Moquegua, pero no se analizó ni se respondió que no estuviera en uso de sus facultades mentales por la elevada ingesta de alcohol demostrada.

Trigésimo octavo. Como esta Corte Suprema ha establecido en el Recurso de Nulidad número mil trescientos setenta y siete-dos mil catorce. de nueve julio de dos mil quince, la inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes, sino también de ciertos estados anormales pasajeros, por lo que de conformidad con el numeral uno del artículo veinte del Código Penal estaría exento de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Trigésimo noveno. Para establecer las consecuencias del alcohol ingerido en el actuar del imputado se debe analizar el informe número

cero dos-dos mil doce-LIF-DML, leído en el juicio oral que señala que B.M. al momento de los hechos, a las diecinueve horas, aproximadamente. Contaba con dos punto cincuenta y ocho gramos por litro de alcohol en la sangre. Para la estimación realizada sobre el alcohol en la sangre del procesado debemos considerar la citada en la Tabla de Alcoholemia y el citado informe que utilizó el método de Widmark (explicado también en el Recurso de nulidad número mil trescientos setenta y siete-dos mil catorce), que establece que la desaparición del etanol en la sangre se da a un ritmo de cero punto quince gramos por litro por hora, entre la hora aproximada de los hechos y la toma de la muestra transcurrió seis horas con veinte minutos, por lo que concluyó que la conducta del imputado se encontraba dentro del parámetro de una grave alteración de la conciencia (dos punto cinco-tres punto cinco gramos por litro), estado que implica que el agente sufra de estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres, de conformidad a la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, que establece los valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona.

Cuadragésimo. Lo que se condice con el actuar sin sentido del imputado, pues al disparar en el auto en que iba podría resultar lesionado o muerto, de ahí que los síntomas descritos se asemejan a su conducta y determina que no pudo comprender su conducta ni obrar conforme a ella, al estar bajo los efectos del alcohol, que se refleja en la marcada descoordinación muscular y estupor

Cuadragésimo primero. Si a esta se agrega que conforme a la pericia de restos de disparos, presentó negativo, para el examen en sus manos, de las sustancias de plomo, bario y antimonio, que se presentan en estas extremidades, cuando se efectúan disparos con armas de fuego, se contradicen las informaciones de que ejerció total comportamiento, por lo que surgen serios cuestionamientos a la imputación que hace el fiscal que el acusado disparó en estado de ebriedad.

Cuadragésimo segundo. El principio de presunción de inocencia no se ha desvirtuado, por el Ministerio Público, con una actividad probatoria suficiente, lícita y dentro de los plazos previstos, por lo que se debe proceder conforme con el artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

Cuadragésimo tercero. El inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público se encuentra exento del pago de costas, entre otros miembros de entidades estatales, estos representantes del Estado.

DECISION

Por estos fundamentos:

I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido o al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra la sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, en el extremo que revocó la sentencia del tres de abril de dos mil trece, que condenó a J.C.B.M. como autor del delito contra la Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve F del Código Penal, en agravio del Estado, a un año y seis meses efectiva e inhabilitación por igual plazo, y condenó a L.A.U.T. y L.F.R.L., como autores del delito contra la Seguridad Pública-tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por igual plazo, y reformándola: los absolviere de los cargos citados; con lo demás que contiene

II. EXONERARON al representante del Ministerio Público del pago de las costas del recurso, conforme al considerando cuadragésimo segundo.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.
VILLA STEIN
RODRIGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA
NF/jhsc

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de las técnicas de interpretación		
					Por remisión	Inadecuada	Adecuada	Por remisión	Inadecuada	Adecuada
					fu eg del es ta do	e-F del g o Pe nal	co nt la Se gu ri	, a un	os cita	onio Neyra Flores.
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujeto a	Principios	SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN No. 460-2013 MOQUEGUA	o en es ta do	Có dig o Pe nal	ra la Se gu ri	año y seis mes es de	dos ; con lo de	
		Resultados		Sumilla: la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada por el Ministerio Público	de eb rie da d,	, en agr avi o	da d Pú bli ca	pena priva de liber tad	má s que con tien e.	
		Medios		con una actividad probatoria suficiente, lícita y dentro de los plazos previstos	pr ev ist o en el art íc	del Est ad o y a L. A. U.	te ne ncia ile ga l	efect iva inha bilita ció n	Int erv ien e cor no	
				Lima, nueve de junio de dos mil quince						
				VISTOS: En audiencia pública: el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua,	ul do sc ie nt os se	T. y L. F.. R. L., co mo	de ar m as en ag ra vi	por igual plaz o, y refor mán dola; los	pon ent e el señ or Jue z Su pre mo Jos é	
	Analogías	contra lo sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, en el extremo que revocó la sentencia del tres de abril de dos mil trece, que condenó a J. C. B. M. como autor del delito		te nt a y nu	aut ore s del	o de l Es ta	abso lvier on de los	Su pre mo Jos é		
Integraci		contra lo Seguridad Pública-uso de arma de	ev ito do		carg Ant					

emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple.

1. Determina los principios generales del

[0]

[2,5]	[5]	[0-25]	[26-50]	[51-80]
	X			

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

X

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

X

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

X

2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.

X

(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica) Si cumple.

1. Determina la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia

Argumentación	generales	<p>Primero. El cinco de diciembre de dos mil once. de fojas ocho, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria (aclarada por disposición del veinticuatro de mayo de dos mil doce, de fojas doce) contra J.C.B.M, L.A.U.T. y L.F.R.L. por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en perjuicio de J.C.E.C. y L.R.P.P. y por el delito contra la Seguridad Pública-uso de armas en estado de ebriedad, en agravio de la sociedad.</p> <p>Segundo. Concluida la investigación preparatoria mediante disposición del seis de junio de dos mil doce, el fiscal emitió requerimiento acusatorio el trece de julio de dos mil doce, obrante a fojas treinta y cuatro, contra J.C.B.M, L.A.U.T. y L.F.R.L, en calidad de autores, por la comisión del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en perjuicio de J. C. E. C. y L.R.P.P. y contra J.C.B.M. en calidad de autor, por el delito contra la Seguridad Pública-uso de armas en estado de ebriedad, en agravio de la sociedad, y contra L.A.U.T. y L.F.R.L., en calidad de autores, por el delito contra la Seguridad Pública tenencia ilegal de armas en agravio de la sociedad; y solicita, que se le imponga a los procesados quince años y seis meses de pena privativa de libertad por los delitos imputados, asimismo, a J.C.B.M. inhabilitación de un año y seis meses de suspensión de licencia para hacer uso de arma de fuego, y solicita se fije en quinientos nuevos soles el monto que por concepto reparación civil deberá abonar a la parte agraviada por el delito de uso de armas en estado de ebriedad. Para los otros procesados solicita se fije en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a la parte agraviada por el delito de tenencia ilegal de armas, omitiendo pronunciarse por el delito de robo agravado por haberse constituidos los agravados en actores civiles</p> <p style="text-align: center;">CONSIDERANDOS:</p>	derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple.			X			
	Laguna de ley		1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de segunda instancia. (Antimonías) No cumple.	X					
	Argumentos de integración jurídica		1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. No cumple	X					
	Componentes		1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) Si cumple.				X		
			2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) Si cumple.				X		
			3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) No cumple.	X					
			3. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple.				X		
	4. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple.				X				

	<p style="text-align: center;">Sujeto a</p>	<p>I. Aspectos generales</p> <p>Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del dos de mayo de dos mil catorce -calificación de casación-. Obrante a fojas dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido a la causal de presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.</p> <p>Segundo. Se imputa que el cuatro de diciembre de dos mil once, los imputados J.C.B.M., L.A.U.T. y L.F.R.L. se encontraban en el Distrito de Tarata consumiendo bebidas alcohólicas, luego salieron del distrito con dirección a Moquegua a bordo de un vehículo conducido por su compañero H.S.A., quien se encontraba acompañado de su enamorada Y.N.H.Y. Aproximadamente a las dieciocho horas con treinta minutos, cuando se encontraban en el camino de trocha, S.A. escucha disparos, voltea y ve haciéndolo al aire a B.M., frena se estaciona, baja y le increpa su actitud y comienzan a forcejear por la pistola, le pide que se calme porque estaba mareado, después los otros se acercan a reclamarle porque le quitó la pistola por lo que se retiró dejándolos en la carretera.</p>	<p>1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) <i>Principio de coherencia normativa;</i> b) <i>Principio de congruencia de las sentencias;</i> c) <i>Principio de culpabilidad;</i> d) <i>Principio de defensa;</i> e) <i>Principio de dignidad de la persona humana;</i> f) <i>Principio de eficacia integradora de la Constitución;</i> g) <i>Principio de interdicción de la arbitrariedad;</i> h) <i>Principio de jerarquía de las normas;</i> i) <i>Principio de legalidad en materia sancionatoria;</i> j) <i>Principio de presunción de inocencia;</i> k) <i>Principio de razonabilidad;</i> m) <i>Principio de tipicidad;</i> n) <i>Principio de debido proceso;</i> o) <i>Principio de non bis inidem;</i> p) <i>Principio prohibitivo de la reformatio in peius;</i> q) <i>Principio de declaración de inconstitucionalidad de ultima ratio;</i> r) <i>Principio de seguridad jurídica. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)</i> Si cumple,</p>			X			
	<p style="text-align: center;">Argumentos interpretativos</p>	<p>Específicamente se encontraban en la carretera trocha carrozable Yacango-cruce del Toro, siendo el imputado J.C.B.M. quien haría disparos al aire, portar el arma. Mientras que a L.A.U.T. y L.F.R.L., se les atribuye que premunidos de un arma de fuego procedieron a realizar disparos al aire, momento dotado al imputado B.M. y que pertenece al Estado. Al ser intervenidos por la Policía Nacional en la trocha carrozable se encontró a L.F.R.L. en posesión de la pistola desmontada marca Browning, número de serie mil cuatrocientos catorce, calibre nueve milímetros, siendo sometidos a la prueba de desoje etílico resultó positiva para los tres.</p> <p>Tercero. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas quinientos noventa y tres, alega que: i) Sobre la primera causal, motivación de resoluciones judiciales, que se vulneró la justificación externa al no explicar las razones por que se llega a concluir en premisas que van a constituir el fundamento del fallo. ii) Sobre el tipo penal de tenencia ilegal de armas, la premisa mayor de su razonamiento es que exige el animus possidendi o detendi, de tal manera que una posesión transitoria o circunstancial abonaría una ausencia de fipicidad subjetiva, la premisa menor, es que se acreditó que los disparos ejecutados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido proporcionada por el Ejército peruano y que R.L. desmontó para ser entregado en la intervención que se les practicó. Ambas conductas se encuentran desprovistas del animus de</p>	<p>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: <i>sedes materiae;</i> a <i>rúbrica;</i> de la <i>coherencia;</i> teleológico; <i>histórico;</i> psicológico; <i>apagógico;</i> de <i>autoridad;</i> <i>analógico;</i> a <i>fortiori;</i> a partir de principios Si cumple.</p>			X			

posesión. iii) No hay ninguna justificación de la premisa menor, por lo que no existe justificación externa, no explica por qué la conducta de los acusados estaría desprovista del animus de posesión. iv) La Sala Penal debió argumentar el por qué en los actos de realizar disparos con un arma ajena no existe animus possidendi, o al poseer un arma y luego desmontarla tampoco existe ese animus.

v) Sobre el delito de uso de armas en estado de ebriedad, se plantea como premisa mayor que es un delito de peligro concreto, por lo que el bien jurídico debe estar ente en peligro. Como premisa menor señala que el imputado Becerra Malea efectuó disparos en la carretera cuando se encontraba en el vehículo de su amigo Saavedra Arrasque, por Jo que no se ha verificado que la acción del arma de fuego fuera potencial para la creación del peligro. vi) Es decir, la Sala de Apelaciones exige que el uso del arma sea idónea para crear un peligro para la seguridad pública, pero concluye sin mayor análisis que esto no ha sido verificado, que no tiene mayor argumentación, pues exige que se encuentre en la imputación, pero es una cuestión de demostración en el juicio oral. vii) Se acredita que Becerra Malea, en estado de ebriedad, realizó disparos con su arma de fuego en plena carretera y en el interior del automóvil en movimiento donde viajaba. Obviamente esto causó peligro a la seguridad pública, por lo que sí existió idoneidad, que debió responder lo Sala de Apelaciones para concluir que tal uso no fue idóneo para poner en peligro la seguridad pública.

Cuarto. El Juzgado Penal Colegiado de Mariscal Nieto condenó a los procesados sobre la base que se encuentra acreditado que: i) El cuatro de diciembre de dos mil once, en horas de la noche, cuando J.E.T. y L.P.P. circulaban en un vehículo con sus menores hijos de iniciales J. E. P. y G. E. P., a la altura de la trocha carrozable Yacango con el cruce del Toro fueron interceptados por los tres acusados. ii) L.A.U.T. luego de realizar unos disparos al aire procede a apuntar al vehículo a la altura del parabrisas, por lo que E.T. detiene el vehículo y posteriormente R.L., luego de abrir la puerta del vehículo procede a sacarlo del mismo y rebuscarle los bolsillos, sustrayendo una billetera que no contenía dinero, la que es inmediatamente recuperada. iii) Sobre el delito de tenencia ilegal de armas, U.T. realizó disparos al aire con el arma de dotación de J.B.M., como se desprende de la inspección criminalística y acta de recojo de indicios, evidencia que acredita haberse hallado en el sitio del suceso trece casquillos, doce balas y envoltura de munición. E.T. y P.P. refirieron que al momento del asalto el acusado U.T. realizó múltiples disparos de armas de fuego. R.L. fue encontrado por la Policía Nacional con la pistola desmontada de dotación de B.M. conforme a las declaraciones del efectivo policial S.Ch., L.C. y su acta de registro personal. iv) En cuanto al delito de uso de arma de fuego en estado de ebriedad, se acreditó que B.M. llegó sobrio a

Tarata y allí, a pesar de saber que portaba su arma de fuego y municiones, empezó a ingerir y combinar cerveza, pisco, licor de damasco y vino, llegando a embriagarse en grado significativo, conforme al examen pericial químico farmacéutico. Asimismo, B.M. realizó disparos con su arma de fuego dentro del vehículo en el que regresaba a Moquegua, poniendo en riesgo a viajeros como lo ha señalado H.Y. y S.A., v) B.M. al momento de realizar los disparos contaba con licencia para portar arma, conforme a su registro personal y oralización de oficios. vi) La existencia de los delitos de tenencia ilegal de armas y uso de armas en estado de ebriedad se corroboran con la diligencia de reconstrucción de los hechos, donde los tres acusados, en presencia de su abogado defensor, reconocen haber disparado varias veces, el acta de intervención policial da cuenta que al ser abordados por efectivos policiales, U.T. y R.L. indicaron que ellos estaban realizando disparos, así como lo señalado por R.M., en el sentido que la intervención policial fue por haber recibido una comunicación de asalto y tiros en la carretera y el examen pericial y dictamen balístico, que indicó que los casquillos fueron percutados por el arma de B.M..

Quinto. El Tribunal Superior para absolver a los procesados indicó:

i) Sobre la posesión ilegítima del arma de fuego, que U.T. y R.L. señalan que era de su cosentenciado B.M. El tipo penal exige animus possidendi o detinendi, por lo que una posesión transitoria o circunstancial implicaría ausencia de tipicidad subjetiva. ii) El Fiscal atribuyó que U.T. realizó disparos al aire con el arma de dotación que pertenecía a B.M. y que R.L. Tenía en su posesión la pistola desmontada en siete partes. iii) Ambos procesados manifestaron en la audiencia de juicio oral que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por la empleadora (Ejército peruano), que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les realizó. iv) Ambas conductas están desprovistas del animus de posesión, por lo que se les debe absolver. v) Sobre el uso de armas en estado de ebriedad, este es un delito de peligro concreto y exige crear un peligro para la seguridad pública, siendo la imputación que B.M. efectuó disparos cuando se encontraba en el vehículo de su amigo S.A., antes que se produjera el encuentro con el agraviado, lo que no ha sido verificado en la propuesta fiscal ni en la sentencia apelada. Asimismo, es de referir, conforme al considerando séptimo de los antecedentes que se absolvió a los citados procesados por el delito de robo, extremo que no fue recurrido en casación.

Sexto. Como ya ha referido esta Corte Suprema en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, del trece de febrero de dos mil ocho, el recurso de casación no configura una nueva y tercera instancia, al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene

facultades limitados a motivos tasados, por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a: a) la falta de motivación, b) la deficiente motivación, e) la insuficiente motivación, d) la aparente motivación y e) la incongruencia entre considerandos y la parte resolutive de la decisión.

2. Sobre el delito de tenencia ilegal de armas

2.1. La motivación de las sentencias

Séptimo. El artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco de la Constitución Política del Estado, el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso tres del Código Procesal Penal. Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional en hábeas corpus y amparo, sentencias de este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como presedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen respecto de la motivación de las resoluciones que debe examinarse para su corrección lo siguientes componentes: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica,

2.2. La motivación en la sentencia de segunda instancia

Octavo. La sentencia de vista cuestionada señala que el tipo penal exige animus possidendi o detinendí, por lo que la acción de los imputados de posesión transitoria o circunstancial produce ausencia de tipicidad subjetiva. Esta sería la premisa mayor, que justificaría su decisión.

Noveno. Sustenta esta afirmación señalando que la imputación versa en que se atribuyó a U.T. que realizó disparos al aire con el arma de dotación que pertenecía a B.M. y que R.L. tenía en su posesión la pistola desmontada en siete partes y que ambos procesados manifestaron en la audiencia de juicio oral que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por la empleadora (Ejército peruano), y que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les realizó. Esta sería la premisa menor que llevaría o concluir por la falta de tipicidad subjetiva.

Décimo. Existen deficiencias en la motivación externa, pues las premisas de las que parte la Sala de Apelaciones no han sido confrontadas respecto de su validez fáctica o jurídica. En este caso se trata de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos;

bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable.

Décimo primero. En el presente caso la Sala de Apelaciones señala que el tipo penal de tenencia ilegal de armas exige un ánimo subjetivo distinto al dolo, que su ausencia determina la atipicidad de la conducta.

Décimo segundo. El artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal señala: "El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

Décimo Tercero. Se advierte que el tipo penal no exige algún ánimo subjetivo distinto al dolo que pueda producir una atipicidad. Sin embargo, la Sala de Apelaciones justifica esta opción interpretativa, pero la misma no tiene respaldo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y pese a ello fue este argumento su base para sostener la atipicidad y absolver a los imputados.

Décimo cuarto. En el mismo sentido, la Sala de Apelaciones da por acreditado que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por el Ejército Peruano y que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se realizó.

Décimo quinto. Para esto solo se vale de sus declaraciones, que son en esencia manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa, que solo pueden tener efectos probatorios si es que cumplen con las garantías de certeza que el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciseis: i) Ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) Verosimilitud y iii) Persistencia en la incriminación, análisis que no se hizo y, por ende, no se motivó.

2.3. Lo motivación en la sentencia de primera Instancia

Décimo sexto. La falta de motivación de la sentencia de segunda instancia se extiende a la de primera instancia, que tampoco fundamenta la opción condenatoria a la que llega.

Décimo séptimo. Pues al inicio de la redacción hace un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral y, sin mayor análisis, concluye que determinados hechos están probados (señalados en el considerando cuarto), es decir, no existió una valoración de la prueba de cargo y de descargo indicada en la sentencia, individual de cada uno con su resultado probatorio, ni la valoración conjunta, para concluir con hechos probados o no, y la

		<p>operación por la cual estos se encuadran en la figura típica imputada y establecer la verdad y proveer justicia.</p> <p>Décimo octavo. Incurriéndose en el vicio de motivación aparente, pues no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión (que debió plasmarse en la valoración de la prueba). Asimismo, a pesar que en el juicio oral se actuaron medios de prueba que versan sobre el estado de inimputabilidad de los acusados, siendo el objeto de debate, no se pronunciaron.</p> <p>Décimo noveno. Tal como ha establecido la sentencia de Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, del siete de abril de dos mil quince, el Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar de oficio una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella.</p> <p>Vigésimo. La nulidad absoluta o acto defectuoso por un vicio insubsanable no responde solo al interés de las partes, sino se presume un interés de la colectividad en la carencia de efectos en ciertos actos especialmente graves, los mismos que tienen que ver con la lesión a los presupuestos procesales, como son la falta de capacidad del juzgador, la ausencia de las partes y la afectación al contenido esencial de los Derechos fundamentales. En todos aquellos casos de violación directa a normas constitucionales el daño al interés protegido se presume y deberá probarse que no ha causado ningún tipo de perjuicio. En este caso se trata sobre un vicio que afecta un principio esencial del derecho como la motivación de las resoluciones, lo que podría implicar la nulidad de las resoluciones citadas.</p> <p>2.4. Decisión sobre el caso</p> <p>Vigésimo primero. Sin embargo, esta serie de omisiones en ambas instancias afectan los derechos de los imputados a la presunción de inocencia, a la motivación y a que un proceso se resuelva en un plazo razonable, que por efecto de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional expediente número doscientos noventa y cinco-dos mil doce-HC/TC, se contabiliza desde que se abre la investigación preliminar, el cinco de diciembre de dos mil once, por lo que a la fecha han transcurrido tres años y seis meses para investigar y Juzgar un delito de tenencia ilegal de armas contra tres imputados, que no es complejo, al no existir dilaciones por parte de ninguno de los procesados, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo, conforme con lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.</p> <p>Vigésimo segundo. El delito de tenencia ilegal de armas exige que sin autorización el agente tenga en su poder estas armas. De lo revisado es</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

claro que los procesados U.T. y R.L. no contaban con licencia, como da cuenta el Oficio número cero cuarenta y tres/sal/veintiuno punto cero uno punto cero tres, de diecinueve de diciembre de dos mil once, oralizado en el juicio oral, que señala que no registran ser propietarios de algún armamento. Entonces, queda acreditar la posesión del arma.

2.3.1. Sobre el acusado U.T.

Vigésimo tercero. En este caso no se acreditó la posesión, pues no existe un acta de registro o incautación que lo pruebe, además, que en el juicio oral no aceptó estos hechos, pues señaló que se encontraba en estado de ebriedad.

Vigésimo cuarto. No existiendo otro medio de prueba que lo acredite, pues el acta de reconstrucción de hechos no puede suplir su aclaración en el juicio oral y ser un medio autoincriminatorio; además, que a lo largo de esta diligencia los procesados han referido acordarse solo de algunos hechos, pues estaban en estado de ebriedad, lo cual se corrobora con el informe número cero dos-dos mil doce-LIF-DML de fojas doscientos sesenta y cuatro. leído en el juicio oral, que señala que al momento de los hechos, aproximadamente, a las diecinueve horas contaba con dos punto cero cuatro gramos por litro de alcohol en la sangre, lo que, según la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, lo ubica en el espectro de la ebriedad absoluta (uno punto cinco-dos punto cinco gramos por litro), en el que existe excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control. Asimismo, dio negativo para el examen de plomo, bario y antimonio, lo que contradice el hecho que hubiere manipulado y disparado el arma.

Vigésimo quinto. Existiendo dos versiones, una de cargo y otro exculpatoria, que pueden explicar el mismo hecho imputado, no se ha desvirtuado su presunción de inocencia.

2.3.2. Sobre el acusado R.L.

Vigésimo sexto. Sobre este acusado pesa la misma imputación, por lo que solo queda acreditar la posesión del arma, que en este caso si se probó, pues según el acta de registro, él era quien la traía, acercándose a los efectivos policiales y entregándola desmontada en siete partes

Vigésimo séptimo. Poseía arma, pero las circunstancias en las que fue entregada, otorgan verosimilitud a su versión exculpatoria, que la tenía para desmontarla, de otra forma, no estando dentro del campo visual de la intervención que se practicó a sus coimputados, hubiera escapado, pero, al contrario se dirigió donde se intervenía a ellos y entregó el arma.

Vigésimo octavo. Dio negativo para el examen de plomo, bario y antimonio, por lo que no se podrá probar que efectuó disparos o que utilizó para otros fines el arma.

Vigésimo noveno. Como se establece en el considerando veintidós, respecto a la situación jurídica de su coprocesado U.T., el acta de reconstrucción de hechos no puede suplir su declaración en el juicio rol, que los niega y ser un medio autoincriminatorio, y a lo largo de esta diligencia han referido acordarse solo de algunos momentos pues se encontraban en estado de ebriedad, lo cual se acredita con el dictamen número dos cero uno uno cero tres nueve tres, que indica que presentaba uno punto setenta y cinco gramos por litro de alcohol, al momento del examen; así como el informe número cero dos-dos mil doce-11F-DML que indica, sobre la base del método Widmark, que al momento de los hechos contaba con dos punto sesenta y un gramos de alcohol en la sangre, según la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, que establece los valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona, al encontrarse esta cantidad de alcohol en la sangre se produce en el agente: estupor, apatía, falta de respuesta o los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de esfínteres.

Trigésimo. Existiendo dos versiones, una de cargo y otra exculpatoria, no se ha desvirtuado su presunción de inocencia, como se advirtió en el caso anterior en el fundamento vigésimo quinto.

3. Sobre el delito de uso de armas en estado de ebriedad

3.1. La motivación en la sentencia de segundo instancia

Trigésimo primero. Señala la Sala de Apelaciones que este es un delito peligro concreto y exige crear un peligro para la seguridad pública, siendo la imputación que efectuó disparos cuando se encontraba en el vehículo de su amigo S.A., antes que se produjera el encuentro con quien fue considerado agraviado por delito de robo agravado, por lo que no ha sido verificada la puesta en peligro en la propuesta fiscal ni en la sentencia apelada.

Trigésimo segundo. Esta afirmación que lleva a la absolucióndel acusado contiene una motivación aparente, pues no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Trigésimo tercero. Esto es así toda vez que no explica cómo es que no existe este peligro para terceros, cuando es una máxima de la experiencia que una persona que efectúa disparos, en estado de ebriedad, implica un peligro para quienes están alrededor de este.

Trigésimo cuarto. Es evidente que esta acción habiendo personas cerca de él de por sí configura el tipo, sin embargo, la Sala Penal no

respondió esto y sin efectuar mayor justificación señala que no se acreditó este elemento.

3.2. La motivación en la sentencia de primera instancia

Trigésimo quinto. No obstante la falta de justificación de lo sentencia de segunda instancia, en este extremo, se advierte que la de primera instancia tampoco cumple la motivación de la opción condenatoria a la que llega. Trigésimo sexto. Pues al inicio de la redacción hace un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral; sin embargo, sin mayor análisis, concluye que determinados hechos están probados (señalados en el considerando cuarto), es decir, no existió una valoración de la prueba producida en el juzgamiento, citada en la sentencia, pues no se realizó el análisis probatorio individual, ni en conjunto de las pruebas para establecer acreditados ciertos hechos y el razonamiento que encuadre en la figura típica imputada y tampoco se pronunció sobre el estado de inimputabilidad del acusado, por lo que también es aparente la motivación.

3.3. Decisión sobre el caso

Trigésimo séptimo. El órgano judicial sostiene que está acreditado que el imputado B.M. efectuó disparos con su pistola en el automóvil en el que regresaba del Distrito de Tarata a Moquegua, pero no se analizó ni se respondió que no estuviera en uso de sus facultades mentales por la elevada ingesta de alcohol demostrada.

Trigésimo octavo. Como esta Corte Suprema ha establecido en el Recurso de Nulidad número mil trescientos setenta y siete-dos mil catorce. de nueve julio de dos mil quince, la inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes, sino también de ciertos estados anormales pasajeros, por lo que de conformidad con el numeral uno del artículo veinte del Código Penal estaría exento de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Trigésimo noveno. Para establecer las consecuencias del alcohol ingerido en el actuar del imputado se debe analizar el informe número cero dos-dos mil doce-LIF-DML, leído en el juicio oral que señala que B.M. al momento de los hechos, a las diecinueve horas, aproximadamente. Contaba con dos punto cincuenta y ocho gramos por litro de alcohol en la sangre. Para la estimación realizada sobre el alcohol en la sangre del procesado debemos considerar la citada en la Tabla de Alcoholemia y el citado informe que utilizó el método de Widmark (explicado también en el Recurso de

nulidad número mil trescientos setenta y siete-dos mil catorce), que establece que la desaparición del etanol en la sangre se da a un ritmo de cero punto quince gramos por litro por hora, entre la hora aproximada de los hechos y la toma de la muestra transcurrió seis horas con veinte minutos, por lo que concluyó que la conducta del imputado se encontraba dentro del parámetro de una grave alteración de la conciencia (dos punto cinco-tres punto cinco gramos por litro), estado que implica que el agente sufra de estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres, de conformidad a la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, que establece los valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona.

Cuadragésimo. Lo que se condice con el actuar sin sentido del imputado, pues al disparar en el auto en que iba podría resultar lesionado o muerto, de ahí que los síntomas descritos se asemejan a su conducta y determina que no pudo comprender su conducta ni obrar conforme a ella, al estar bajo los efectos del alcohol, que se refleja en la marcada descoordinación muscular y estupor

Cuadragésimo primero. Si a esta se agrega que conforme a la pericia de restos de disparos, presentó negativo, para el examen en sus manos, de las sustancias de plomo, bario y antimonio, que se presentan en estas extremidades, cuando se efectúan disparos con armas de fuego, se contradicen las informaciones de que ejerció total comportamiento, por lo que surgen serios cuestionamientos a la imputación que hace el fiscal que el acusado disparó en estado de ebriedad.

Cuadragésimo segundo. El principio de presunción de inocencia no se ha desvirtuado, por el Ministerio Público, con una actividad probatoria suficiente, lícita y dentro de los plazos previstos, por lo que se debe proceder conforme con el artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

Cuadragésimo tercero. El inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público se encuentra exento del pago de costas, entre otros miembros de entidades estatales, estos representantes del Estado.

DECISION

Por estos fundamentos:

I Declararon INFUNDADO el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido o al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra la sentencia de vista del treinta y uno de julio de

dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, en el extremo que revocó la sentencia del tres de abril de dos mil trece, que condenó a J.C.B.M. como autor del delito contra la Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve F del Código Penal, en agravio del Estado, a un año y seis meses efectiva e inhabilitación por igual plazo, y condenó a L.A.U.T. y L.F.R.L., como autores del delito contra la Seguridad Pública-tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por igual plazo, y reformándola: los absolvieron de los cargos citados; con lo demás que contiene

II EXONERARON al representante del Ministerio Público del pago de las costas del recurso, conforme al considerando cuadragésimo segundo.

III DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.
 VILLA STEIN
 RODRIGUEZ TINEO
 PARIONA PASTRANA
 NEYRA FLORES
 LOLI BONILLA
 NF/jhsc

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017

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

LECTURA. El cuadro 2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, los magistrados emplearon las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación de tal forma que subsanaron a tiempo los vicios detectados en la sentencia de primera como segunda instancia que se venía afectando al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima, 2017.

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables					
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Por remisión	Inadecuada	Adecuada
			[0,5]	[1,5]	[2,5]		[0-6]	[7-12]	[13-20]	[0-25]	[26-50]	[51-80]
Incompatibilidad normativa	EXCLUSIÓN	Validez formal	1	1		7.5	[13-20]	Siempre	17.5	[26-50]	[51-80]	
		Validez Material		2	1		[7-12]	A veces				
	COLISIÓN	Control difuso	1	3	2	10	[13-20]	Siempre				
							[7-12]	A veces				
Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN	Sujeto a	[0]	[2,5]	[5]		[51-80]	Adecuada	60			
		Resultados			1	20	[26-50]	Inadecuada				
		Medios			2		[0-25]	Por remisión				
	INTEGRACIÓN	Analogías			1	10	[51-80]	[26-50]				
		Principios generales	1		1							
	ARGUMENTACIÓN	Laguna de ley	1			30	[26-50]	[0-25]				
		Argumentos de integración jurídica	1									
		Componentes			4					[51-80]		
	Sujeto a			1		[26-50]						

[0-25]

A
d
e
c
u
a
d
a
I
n
a
d
e
c
u
a
d
a
P
o
r

r
e
m
i
s
i
ó
n
A
d
e
c
u
a
d
a
I
n
a
d
e
c
u
a
d
a
P
o
r
r
e
m
i
s
i
ó
n

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017.

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

LECTURA. El cuadro 3, revela que las variables en estudio: **incompatibilidad normativa**, y las **técnicas de interpretación** fueron aplicadas de manera **adecuada** por parte de los magistrados ante una infracción normativa, que según el caso en estudio deberían de haber utilizado los criterios, principios y demás normas del derecho al caso concreto, procediendo a subsanar a tiempo los vicios detectados en la etapa de apelación que afectan los derechos de los imputados a la presunción de inocencia, a la motivación y a que un proceso se resuelva en un plazo razonable.

4.2. Análisis de resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa de la Sentencia de la Corte Suprema, en el **expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017**, fue **adecuada**, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

Respecto a la variable: incompatibilidad normativa. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon correctamente los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos, solucionando los vicios detectados en las sentencias de primera y segunda instancia, evitando la afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Es preciso indicar que al analizar la variable de **Incompatibilidad normativa**, al descomponer sus Dimensiones y Subdimensiones y al calificar estas, se concluyó que la determinación de las variables fue **siempre**.

Respecto a la variable: técnicas de interpretación. Revela que la variable en estudio fue empleada **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, los magistrados emplearon las técnicas de interpretación en forma adecuada como: la interpretación, integración y la argumentación; con relación al caso concreto, se puede apreciar que los Magistrados de la Corte Suprema actuaron con apego a las técnicas de interpretación, dando solución a la mala aplicación del Derecho por parte de los Jueces Penales en Primera y Segunda lo que conllevó a cometer vicios que afectan el principio esencial como es la motivación de las resoluciones judiciales.

Al revisar la variable de **Técnica de interpretación** y luego de descomponer sus Dimensiones y Subdimensiones, se procedió a calificarlas, concluyéndose que la determinación de ésta variable fue **Adecuada**.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el **Expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima, 2017**, se evidenció que **siempre** se presenta la incompatibilidad normativa, de igual forma las técnicas de interpretación empleada fue **adecuada**, (Cuadro Consolidados N° 3).

Sobre la incompatibilidad normativa:

- 1. Respecto a la variable *incompatibilidad normativa*, de sus dimensiones “exclusión” y “colisión”:** se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon los criterios de validez formal y material de las normas aplicadas en sus fundamentos, se verificó la constitucionalidad y legalidad de las normas seleccionadas.
- 2.** En el caso concreto, los magistrados del Poder Judicial hicieron un análisis exhaustivo tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia, determinando que en ambas instancias los magistrados no fundamentan la opción condenatoria a la que llegan. Ellos hacen un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral y, sin mayor análisis concluye que determinados hechos

están probados, es decir no existió una valoración de la prueba de cargo y de descargo indicada en la sentencia.

3. Estos magistrados incurrieron en el vicio de *motivación aparente*, pues no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión. Asimismo, a pesar que en el juicio oral se actuaron medios de prueba que versan sobre el estado de inimputabilidad de los acusados, siendo el objeto de debate, no se pronunciaron.
4. Los magistrados de la Corte Suprema cumplieron con aplicar la norma pertinente al caso puesto a su conocimiento para Casar, aclarando los vicios cometidos por los órganos judiciales que ventilaron el presente proceso penal quienes aplicaron una Motivación aparente y no válida respectivamente. En tal virtud, en el caso de estudio se estableció que **siempre** se presentó una incompatibilidad normativa.

Sobre a las técnicas de interpretación:

5. **Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “interpretación” se derivó de las sub dimensiones:** “sujeto a”, “resultados” y “medios”, considerándose como resultado una *interpretación auténtica impropia*, que según Gaceta Jurídica (2004) es “llamada usualmente contextual”, esto es lo que establece la norma, por ende los magistrados interpretaron las normas de forma explícita como se encuentran en los códigos o leyes, debiendo emplearse una interpretación doctrinal y jurisprudencial. De conformidad a lo analizado en las subdimensiones de la dimensión de interpretación, se concluyó la calificación

que fue **adecuada**.

6. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión **“integración”** se derivó de las sub dimensiones: “analogía”, “principios generales”, “laguna de ley”, y “argumentos de integración jurídica”, siendo que en el caso en estudio no se presentó un vacío o deficiencia en la ley para que se aplique la integración del derecho. Por lo que después del análisis realizado a la dimensión integración, sus subdimensiones dieron como conclusión la calificación de **adecuada**.

7. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión **“argumentación”** se derivó de las sub dimensiones: “componentes”, “sujeto a” y “argumentos interpretativos”; los magistrados fundamentaron sus argumentos en **base a premisas, inferencias y conclusiones** (componentes), complementando sus argumentos en base a principios como el de **Coherencia Normativa** que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí, **el Principio de Tutela Jurisdiccional** que se encuentra incorporada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, **el Principio de Legalidad en materia sancionatoria** que determina que varios elementos que son compartidos, en parte por la sanción penal y por la administrativa y, en otra parte, son privativos del ámbito penal. En lo que respecta al análisis de la dimensión Argumentación sus subdimensiones dieron como conclusión la calificación de **adecuada**.

5.2. Recomendaciones

En el presente caso en estudio, las técnicas de interpretación son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el **expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima, 2017**; en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

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

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

Es necesario que a toda fundamentación de sentencia –sobre todo en casación– debe no sólo de ampararse en la normatividad o en las máximas de la experiencia, sino basándose en principios constitucionales y fundamentales, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. Es saludable que a través del proceso de Casación, la Corte Suprema de la República, como órgano supremo del Poder judicial, realice el control de constitucionalidad, no de las normas jurídicas abstractas como las del Tribunal Constitucional, sino de una decisión (Sentencia o autos) 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, como en el caso en estudio.

Referencias Bibliográficas

- Benavente & Aylas. (2010). La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004. En H. & Benavente, *La casación penal en el Código Procesal Penal del 2004. Manual N° 1. Gaceta Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2004). Precedentes Vinculantes en Materia Penal. En J. .. Castillo, *Comentarios Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema (Ira. ed)*. Lima: GRIJLEY.
- Chiassoni, P. (2010). Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3. En P. Chiassoni, *Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3*. (págs. 269-317). Lima: Ara.
- Díaz, J. (2014). La Casación Penal. Doctrina y Análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema. En *La Casación Penal. Doctrina y Análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Penal&Procesal Penal.
- Figuroa, E. (2014). Importancia de la debida motivación: sus implicancias desde la argumentación. En *Pronunci. del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas* (págs. 17-22). Gaceta Constitucional. .
- García, A. (2003). La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. . En *Derecho & Argumentación. N° 3* (págs. 265-299). Lima: Palestra. .
- Gascón Abellan, Marina & Garcia Fuguroa, Alfonso J. (2003). La Argumentación en el Derecho. En M. & Gascón Abellan, *La Argumentación en el Derecho* (pág. 23). Lima: Palestra Editores.
- Gascón, M. (2003). En *La argumentación en el Derecho. Colec. Derecho y*

- Argumentación N° 3* (págs. 93-126). Lima: Palestra.
- Hernandez, Fernandez & Batista . (2010). *Metodología de la Investigación*. (5ta. Ed.). . En R. F. Hernández-Sampieri, *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill. .
- Mejía, J. (2004). *Portal Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Obtenido de Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y campos de desarrollo [en línea].
- Mezzarese, T. (2010). Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y Epistemológicas. . En *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3*. (págs. 231-261). Lima: Ara .
- Poder Judicial. (08 de 08 de 2015). *Poder Judicial. Diccionario Jurídico de la Corte Suprema*. Lima: Poder Judicial. Obtenido de Recuperado de:.
- Rubio Correa, M. (2012). “El Título Preliminar del Código Civil”. En M. RUBIO CORREA, “*El Título Preliminar del Código Civil*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Supo, J. (2012). *Portal Seminarios de investigación. Recuperado de*. Obtenido de Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación [en línea]. Recuperado de.
- Valderrama, S. (s/f). Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica. En *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima,. Lima: San Marcos.
- Yaipen, V. (2012). *La Casación en el Sistema Penal Peruano*. Obtenido de Tesis Digitales.

A N E X O S

ANEXO 1

Cuadro de Operacionalización de las Variables: Incompatibilidad Normativa y Técnicas de Interpretación provenientes de las Sentencias de los Órganos Supremos de Justicia del Perú

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
<p align="center">SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA – MOTIVACIÓN DEL DERECHO)</p>	<p align="center">INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA</p>	<p align="center">Exclusión</p>	<p align="center">Validez formal</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir la validez formal. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) Si cumple/No cumple</i> 2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. <i>(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) Si cumple/No cumple</i>
			<p align="center">Validez material</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, es decir la validez material. <i>(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) Si cumple/No cumple</i> 2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. <i>(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) Si cumple/No cumple</i> 3. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el Art. 429° del Código Procesal Penal. <i>(Las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) Si cumple/No cumple</i>
		<p align="center">Colisión</p>	<p align="center">Control difuso</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. <i>Si cumple/No cumple</i> 2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)) Si cumple/No cumple</i> 3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) Si cumple/No cumple</i> 4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. <i>(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin</i>

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

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

ANEXO 2

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

1. CUESTIONES PREVIAS

1. De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), se denomina objeto de estudio a la sentencia de la Corte Suprema.
2. Las variables de estudio son incompatibilidad normativa y las técnicas de interpretación proveniente de la sentencia de la Corte Suprema.
3. La variable independiente: incompatibilidad normativa comprende dos dimensiones (Exclusión y Colisión).
4. La variable dependiente: técnicas de interpretación comprende tres dimensiones (Interpretación; Integración y Argumentación).
5. Cada dimensión de las variables tienen sus respectivas sub dimensiones.

En relación a la variable independiente: incompatibilidad normativa

5.1. Las sub dimensiones de la dimensión “Exclusión”, son 2: *validez formal* y *validez material*.

5.2. Las sub dimensiones de la dimensión “Colisión”, es 1: *control difuso*.

En relación a la variable dependiente: técnicas de interpretación

5.3. Las sub dimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: *sujetos*, *resultados* y *medios*.

5.4. Las sub dimensiones de la dimensión Integración, son 4: *Analogías*, *Principios generales*, *Laguna de ley*, y *Argumentos de integración*

jurídica.

5.5. Las sub dimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: *componentes*, *sujeto a*, y *Argumentos interpretativos*.

6. Que la dimensión “Exclusión” presenta 6 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
7. Que la dimensión “Colisión” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
8. Que la dimensión Interpretación presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
9. Que la dimensión Integración presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
10. Que la dimensión Argumentación presenta 8 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
11. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto ciertos parámetros, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en base a los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.
12. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre incompatibilidad normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.
13. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.

14. Calificación:

14.1. De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple

14.2. De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.

- 14.3.** De las dimensiones: se determinan en función a la manera en que se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.
- 14.4.** De las variables: se determina en función a la aplicación de sus dimensiones respectivas.

15. Recomendaciones:

- 15.1.** Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.
- 15.2.** Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.
- 15.3.** Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso judicial proveniente del expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.
- 15.4.** Hacer suyo, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas que facilitará el análisis de la sentencia de la Corte Suprema, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.
- 16.** El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.
- 17.** Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS

Para recoger los datos se contrasta la lista de cotejo con el texto de la sentencia de la Corte Suprema; el propósito es identificar cada parámetro en el texto respectivo de la sentencia.

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

Cuadro 1
Calificación aplicable a los parámetros

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

Fundamentos:

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

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

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

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

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1,

del presente documento.

- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Nunca*

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

Cuadro 3

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

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con los Sujetos, Resultados y Medios	4	[0]
Si cumple con la Analogía, Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica	4	[2,5]
Si cumple con los Componentes, Sujeto a, y Argumentos interpretativos.	8	[5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad

normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.

- Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Por remisión

5. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA MANERA EN QUE SE APLICA LAS TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA:

Cuadro 4

Calificación aplicable a las variables: Incompatibilidad normativa y Técnicas de interpretación

Variables	Dimensiones	Sub dimensiones	Calificación			De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión
			De las sub dimensiones					
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0,5]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Exclusión	Validez Formal	1	1		7.5	[13 - 20]	17.5
		Validez Material		2	1		[7 - 12]	
	Colisión	Control difuso	1	3	2	10	[0 - 6]	
Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			

Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos			1	20	[51 - 80]	60
		Resultados			1			
		Medios			2			
	Integración	Analogías			1	10	[26 - 50]	
		Principios generales			1			
		Laguna de ley	1					
		Argumentos de interpretación jurídica	1					
	Argumentación	Componentes			4	30	[0 - 25]	
		Sujeto a			1			
		Argumentos interpretativos			1			

Ejemplo: 7, está indicando que la incompatibilidad normativa siempre existe en la sentencias emitidas por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 17.5; asimismo, se evidencia que en la aplicación de las técnicas de interpretación en dicha sentencia fue adecuada, lo cual se refleja con una calificación de 60.

Fundamentos:

- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la incompatibilidad normativa, como: la Exclusión, y la Colisión.
- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación, Integración, y la Argumentación.
- El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo al hallazgo

obtenido de los indicadores.

- Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro
- La determinación de los valores y niveles de aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa, se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

A. Incompatibilidad normativa

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

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

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

B. cas de interpretación

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

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

[0 - 25] = Cada indicador se multiplica por 0 = Por remisión

Nota: La información se evidencia en las dos últimas columnas del Cuadro 4.

ANEXO 3
DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre los Delitos de Robo y contra la Seguridad Pública – Peligro Común- Tenencia Ilegal de Armas contenido en el expediente No. 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima, 2017.

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

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

Lima, Junio 2017.

Benjamín Arturo Aguirre Ortiz

DNI N° 43655088

ANEXO 4

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN No. 460-2013

MOQUEGUA

Sumilla: la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada por el Ministerio Público con una actividad probatoria suficiente, lícita y dentro de los plazos previstos

Lima, nueve de junio de dos mil quince

VISTOS: En audiencia pública: el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra lo sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, en el extremo que revocó la sentencia del tres de abril de dos mil trece, que condenó a J. C. B. M. como autor del delito contra lo Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve-F del Código Penal, en agravio del Estado y a L.A.U.T. y L.F..R.L., como autores del delito contra la Seguridad

Pública-tenencia ilegal de armas en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva e inhabilitación por igual plazo, y reformándola; los absolvieron de los cargos citados; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES:

Primero. El cinco de diciembre de dos mil once. de fojas ocho, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria (aclarada por disposición del veinticuatro de mayo de dos mil doce, de fojas doce) contra J.C.B.M, L.A.U.T. y

L.F.R.L. por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en perjuicio de J.C.E.C. y L.R.P.P.y por el delito contra la Seguridad Pública-uso de armas en estado de ebriedad, en agravio de la sociedad.

Segundo. Concluida la investigación preparatoria mediante disposición del seis de junio de dos mil doce, el fiscal emitió requerimiento acusatorio el trece de julio de dos mil doce, obrante a fojas treinta y cuatro, contra J.C.B.M, L.A.U.T. y L.F.R.L, en calidad de autores, por la comisión del delito contra el Patrimonio-robo agravado, en perjuicio de J. C. E. C. y L.R.P.P. y contra J.C.B.M. en calidad de autor, por el delito contra la Seguridad Pública-uso de armas en estado de ebriedad, en agravio de la sociedad, y contra L.A.U.T. y L.F.R.L., en calidad de autores, por el delito contra 'la Seguridad Pública tenencia ilegal de armas en agravio de la sociedad; y solicita, que se le imponga

a los procesados quince años y seis meses de pena privativa de libertad por los delitos imputados, asimismo, a J.C.B.M. inhabilitación de un año y seis meses de suspensión de licencia para hacer uso de arma de fuego, y solicita se fije en quinientos nuevos soles el monto que por concepto reparación civil deberá abonar a la parte agraviada por el delito de uso de armas en estado de ebriedad. Para los otros procesados solicita se fije en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a la parte agraviada por el delito de tenencia ilegal de armas, omitiendo pronunciarse por el delito de robo agravado por haberse constituidos los agravados en actores civiles

Tercero. Producida la audiencia preliminar respectiva el veintitrés de agosto de dos mil doce, el juzgado ordena la devolución de la carpeta fiscal a la fiscalía para que en el plazo de cinco días proceda a emitir pronunciamiento respecto a las observaciones realizadas sobre la tipificación y la reparación civil. En audiencia del veinticinco de septiembre del mismo año se reprograma la misma para el uno de octubre del año en curso y después para el tres y luego para el veintidós del mismo mes y año.

Cuarto. Luego de producida la audiencia preliminar respectiva, por resolución del veinticinco de octubre de dos mil doce, obrante a fojas ciento sesenta y cuatro, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Mariscal Nieto, resolvió declarar saneado la acusación fiscal y dicta auto de enjuiciamiento en los mismos términos de acusación.

Quinto. Mediante resolución del cinco de noviembre de dos mil doce, de folios cuatrocientos treinta y cuatro, el Juzgado Penal Colegiado de Mariscal Nieto emite resolución de citación a juicio oral, el mismo que será el cinco de marzo de dos mil trece, a las nueve de la mañana.

Sexto. A fojas cuatrocientos treinta y nueve obra el índice de registro de audiencia de juicio oral con la fecha indicada, dándose así inicio a las sesiones de juicio oral, continuándose los días doce, diecinueve y veinticinco de marzo y tres de abril del citado año.

Séptimo. Mediante sentencia del tres de abril de dos mil trece, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y seis se resolvió: i) Absolver a J C B M, LAUT y LFRL de la acusación fiscal en su contra como autores del delito contra el Patrimonio- robo agravado, en perjuicio de J CEC y LR PP: fijar en noventa mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los citados procesado a favor de JCEC y LRPP, por el citado delito. ii) Condenar a JCBM como autor del delito contra la Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad. previsto en el artículo doscientos setenta y nueve F del Código Penal, en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativo de libertad efectiva e inhabilitación por igual plazo. iii) Condenar a LAUT y LFRL, como autores del delito contra la Seguridad Pública-tenencia ilegal de armas en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva y un año. iv) Fijó en quinientos nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados a favor del Estado por los

delitos de uso de arma de fuego en estado de ebriedad y tenencia ilegal de armas.

Octavo. El diecisiete de julio de dos mil trece se llevó a cabo la audiencia de apelación tomándose la declaración de los acusados y oralizándose las pericias de alcoholemia, según el acta de fojas quinientos cuarenta y ocho.

Noveno. Por sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, se resuelve revocar la sentencia del tres de abril de dos mil trece, que condenó a Juan Carlos Becerra Malea como autor del delito contra la Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve F del Código Penal, en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva e inhabilitación por igual plazo y condenó a L.A.U.T. y L. F.R.L., como autores del delito contra la Seguridad Pública-tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado peruano, a un año y seis meses e inhabilitación por igual plazo a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, y reformándola: los absolvieron de los cargos citados; con lo demás que contiene.

Décimo. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece -ver fojas quinientos cincuenta y cinco-, el mismo que fue concedido por resolución del diecinueve de agosto de dos mil trece, obrante a fojas seiscientos uno.

Décimo primero. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del dos de mayo de dos mil catorce, que declara bien concedido el recurso de casación por la causal de presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, prevista en los inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

Décimo segundo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asiston-, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día uno de julio de dos mil quince, a horas ocho y cuarenta y cinco de lo mañana.

CONSIDERANDOS:

I. Aspectos generales

Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del dos de mayo de dos mil catorce - calificación de casación-. Obrante a fojas dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido a la causal de presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.

Segundo. Se imputa que el cuatro de diciembre de dos mil once, los imputados J.C.B.M., L.A.U.T. y L.F.R.L. se encontraban en el Distrito de Tarata consumiendo bebidas alcohólicas, luego salieron del distrito con dirección a Moquegua a bordo de un vehículo conducido por su compañero H.S.A., quien se encontraba acompañado de su enamorada Y.N.H.Y. Aproximadamente a las dieciocho horas con treinta minutos, cuando se encontraban en el camino de trocha, S.A. escucha disparos, voltea y ve haciéndolo al aire a B.M., frena se estaciona, baja y le increpa su actitud y comienzan a forcejear por la pistola, le pide que se calme porque estaba mareado, después los otros se acercan a reclamarle porqué le quitó la pistola por lo que se retiró dejándolos en la carretera. Específicamente se encontraban en la carretera trocha carrozable Yacango- cruce del Toro, siendo el imputado J.C.B.M. quien haría disparos al aire, portar el arma. Mientras que a L.A.U.T. y L.F.R.L., se les atribuye que premunidos de un arma de fuego procedieron a realizar disparos al aire, momento dotado al imputado B.M. y que pertenece al Estado. Al ser intervenidos por la Policía Nacional en la trocha carrozable se encontró a L.F.R.L. en posesión de la pistola desmontada marca Browning, número de serie mil cuatrocientos catorce, calibre nueve milímetros, siendo sometidos a la prueba de desoje etílico resultó positiva para los tres.

Tercero. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas quinientos noventa y tres, alega que: i) Sobre la primera causal, motivación de resoluciones judiciales, que se vulneró la justificación externa al no explicar las razones por que se llega a concluir en premisas que van a constituir el fundamento del fallo. ii) Sobre el tipo penal de tenencia ilegal de

armas, la premisa mayor de su razonamiento es que exige el animus possidendi o detendi, de tal manera que una posesión transitoria o circunstancial abonaría una ausencia de fipicidad subjetiva, la premisa menor, es que se acreditó que los disparos ejecutados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido proporcionada por el Ejército peruano y que R.L. desmontó para ser entregado en la intervención que se les practicó. Ambas conductas se encuentran desprovistas del animus de posesión. iii) No hay ninguna justificación de la premisa menor, por lo que no existe justificación externa, no explica por qué la conducta de los acusados estaría desprovista del animus de posesión. iv) La Sala Penal debió argumentar el por qué en los actos de realizar disparos con un arma ajena no existe animus possidendi, o al poseer un arma y luego desmontarla tampoco existe ese animus. v) Sobre el delito de uso de armas en estado de ebriedad, se plantea como premisa mayor que es un delito de peligro concreto, por lo que el bien jurídico debe estar ente en peligro. Como premisa menor señala que el imputado Becerra Malea efectuó disparos en la carretera cuando se encontraba en el vehículo de su amigo Saavedra Arrasque, por Jo que no se ha verificado que la acción del arma de fuego fuera potencial para la creación del peligro. vi) Es decir, la Sala de Apelaciones exige que el uso del arma sea idónea para crear un peligro para la seguridad pública, pero concluye sin mayor análisis que esto no ha sido verificado, que no tiene mayor argumentación, pues exige que se encuentre en la imputación, pero es una cuestión de demostración en el juicio oral. vii) Se acreditó que Becerra Malea, en estado de ebriedad, realizó disparos con su arma de fuego en plena carretera y en el

interior del automóvil en movimiento donde viajaba. Obviamente esto causó peligro a la seguridad pública, por lo que sí existió idoneidad, que debió responder lo Sala de Apelaciones para concluir que tal uso no fue idóneo para poner en peligro la seguridad pública.

Cuarto. El Juzgado Penal Colegiado de Mariscal Nieto condenó a los procesados sobre la base que se encuentra acreditado que: i) El cuatro de diciembre de dos mil once, en horas de la noche, cuando J.E.T. y L.P.P. circulaban en un vehículo con sus menores hijos de iniciales J. E. P. y G. E. P., a la altura de la trocha carrozable Yacango con el cruce del Toro fueron interceptados por los tres acusados. ii) L.A.U.T. luego de realizar unos disparos al aire procede a apuntar al vehículo a la altura del parabrisas, por lo que E.T. detiene el vehículo y posteriormente R.L., luego de abrir la puerta del vehículo procede a sacarlo del mismo y rebuscarle los bolsillos, sustrayendo una billetera que no contenía dinero, la que es inmediatamente recuperada. iii) Sobre el delito de tenencia ilegal de armas, U.T. realizó disparos al aire con el arma de dotación de J.B.M., como se desprende de la inspección criminalística y acta de recojo de indicios, evidencia que acredita haberse hallado en el sitio del suceso trece casquillos, doce balas y envoltura de munición. E.T. y P.P. refirieron que al momento del asalto el acusado U.T. realizó múltiples disparos de armas de fuego. R.L. fue encontrado por la Policía Nacional con la pistola desmontada de dotación de B.M. conforme a las declaraciones del efectivo policial S.Ch., L.C. y su acta de registro personal. iv) En cuanto al delito de uso de arma de fuego en estado de ebriedad, se acreditó que B.M. llegó sobrio a Tarata y allí, a pesar de saber que portaba su arma de fuego y municiones, empezó

a ingerir y combinar cerveza, pisco, licor de damasco y vino, llegando a embriagarse en grado significativo, conforme al examen pericial químico farmacéutico. Asimismo, B.M. realizó disparos con su arma de fuego dentro del vehículo en el que regresaba a Moquegua, poniendo en riesgo a viajeros como lo ha señalado H.Y. y S.A., v) B.M. al momento de realizar los disparos contaba con licencia para portar arma, conforme a su registro personal y oralización de oficios. vi) La existencia de los delitos de tenencia ilegal de armas y uso de armas en estado de ebriedad se corroboran con la diligencia de reconstrucción de los hechos, donde los tres acusados, en presencia de su abogado defensor, reconocen haber disparado varias veces, el acta de intervención policial da cuenta que al ser abordados por efectivos policiales, U.T. y R. L. indicaron que ellos estaban realizando disparos, así como lo señalado por R.M., en el sentido que la intervención policial fue por haber recibido una comunicación de asalto y tiros en la carretera y el examen pericial y dictamen balístico, que indicó que los casquillos fueron percutados por el arma de B.M..

Quinto. El Tribunal Superior para absolver a los procesados indicó: i) Sobre la posesión ilegítima del arma de fuego, que U.T. y R.L. señalan que era de su cosentenciado B.M. El tipo penal exige animus possidendi o detinendi, por lo que una posesión transitoria o circunstancial implicaría ausencia de tipicidad subjetiva. ii) El Fiscal atribuyó que U.T. realizó disparos al aire con el arma de dotación que pertenecía a B.M. y que R.L. Tenía en su posesión la pistola desmontada en siete partes. iii) Ambos procesados manifestaron en la audiencia de juicio oral que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por la

empleadora (Ejército peruano), que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les realizó. iv) Ambas conductas están desprovistas del animus de posesión, por lo que se les debe absolver. v) Sobre el uso de armas en estado de ebriedad, este es un delito de peligro concreto y exige crear un peligro para la seguridad pública, siendo la imputación que B.M. efectuó disparos cuando se encontraba en el vehículo de su amigo S.A., antes que se produjera el encuentro con el agraviado, lo que no ha sido verificado en la propuesta fiscal ni en la sentencia apelada. Asimismo, es de referir, conforme al considerando séptimo de los antecedentes que se absolvió a los citados procesados por el delito de robo, extremo que no fue recurrido en casación.

Sexto. Como ya ha referido esta Corte Suprema en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, del trece de febrero de dos mil ocho, el recurso de casación no configura una nueva y tercera instancia, al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene facultades limitadas a motivos tasados, por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a: a) la falta de motivación, b) la deficiente motivación, c) la insuficiente motivación, d) la aparente motivación y e) la incongruencia entre considerandos y la parte resolutive de la decisión.

2. Sobre el delito de tenencia ilegal de armas

2.1. La motivación de las sentencias

Séptimo. El artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco de la Constitución Política del Estado, el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso

tres del Código Procesal Penal. Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional en hábeas corpus y amparo, sentencias de este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como presedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen respecto de la motivación de las resoluciones que debe examinarse para su corrección los siguientes componentes: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica,

2.2. La motivación en la sentencia de segunda instancia

Octavo. La sentencia de vista cuestionada señala que el tipo penal exige animus possidendi o detinendi, por lo que la acción de los imputados de posesión transitoria o circunstancial produce ausencia de tipicidad subjetiva. Esta sería la premisa mayor, que justificaría su decisión.

Noveno. Sustenta esta afirmación señalando que la imputación versa en que se atribuyó a U.T. que realizó disparos al aire con el arma de dotación que pertenecía a B.M. y que R.L. tenía en su posesión la pistola desmontada en siete partes y que ambos procesados manifestaron en la audiencia de juicio oral que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por la empleadora (Ejército peruano), y que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que se les

realizó. Esta sería la premisa menor que llevaría o concluir por la falta de tipicidad subjetiva.

Décimo. Existen deficiencias en lo motivación externa, pues las premisas de las que parte la Sala de Apelaciones no han sido confrontadas respecto de su validez fáctica o jurídica. En este caso se trata de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable.

Décimo primero. En el presente caso la Sala de Apelaciones señala que el tipo penal de tenencia ilegal de armas exige un ánimo subjetivo distinto al dolo, que su ausencia determina la atipicidad de la conducta.

Décimo segundo. El artículo doscientos setenta y nueve del Código Penal señala: "El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, armas, armas de fuego artesanales, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

Décimo Tercero. Se advierte que el tipo penal no exige algún ánimo subjetivo distinto al dolo que pueda producir una atipicidad. Sin embargo, la Sala de Apelaciones justifica esta opción interpretativa, pero la misma no tiene respaldo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y pese a ello fue este argumento su base para sostener la atipicidad y absolver a los imputados.

Décimo cuarto. En el mismo sentido. la Sala de Apelaciones da por acreditado que los disparos efectuados por U.T. se realizaron con la finalidad de acabar la dotación reglamentaria que le había sido entregado por el Ejército Peruano y que R.L. desmontó el arma para ser entregado en la intervención que seles realizó.

Décimo quinto. Para esto solo se vale de sus declaraciones, que son en esencia manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa, que solo pueden tener efectos probatorios si es que cumplen con las garantías de certeza que el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciseis: i) Ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) Verosimilitud y iii) Persistencia en la incriminación, análisis que no se hizo y, por ende, no se motivó.

2.3. Lo motivación en la sentencia de primera Instancia

Décimo sexto. La falta de motivación de la sentencia de segunda instancia se extiende a la de primera instancia, que tampoco fundamenta la opción condenatoria a la que llega.

Décimo séptimo. Pues al inicio de la redacción hace un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral y, sin mayor análisis, concluye que determinados hechos están probados (señalados en el considerando cuarto), es decir, no existió una valoración de la prueba de cargo y de descargo indicada en la sentencia, individual de cada uno con su resultado probatorio, ni la valoración conjunta, para concluir con hechos probados o no, y la operación por la

cual estos se encuadran en la figura típica imputada y establecer la verdad y proveer justicia.

Décimo octavo. Incurriéndose en el vicio de motivación aparente, pues no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión (que debió plasmarse en la valoración de la prueba). Asimismo, a pesar que en el juicio oral se actuaron medios de prueba que versan sobre el estado de inimputabilidad de los acusados, siendo el objeto de debate, no se pronunciaron.

Décimo noveno. Tal como ha establecido la sentencia de Casación número cuatrocientos trece-dos mil catorce-Lambayeque, del siete de abril de dos mil quince, el Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar de oficio una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella.

Vigésimo. La nulidad absoluta o acto defectuoso por un vicio insubsanable no responde solo al interés de las partes, sino se presume un interés de la colectividad en la carencia de efectos en ciertos actos especialmente graves, los mismos que tienen que ver con la lesión a los presupuestos procesales, como son la falta de capacidad del juzgador, la ausencia de las partes y la afectación al contenido esencial de los Derechos fundamentales. En todos aquellos casos de violación directa a normas constitucionales el daño al interés protegido se presume y deberá probarse que no ha causado ningún tipo de perjuicio. En este caso se trata sobre un vicio que afecta un principio esencial del derecho como la motivación de las resoluciones, lo que podría implicar la nulidad de las resoluciones citadas.

2.4. Decisión sobre el caso

Vigésimo primero. Sin embargo, esta serie de omisiones en ambas instancias afectan los derechos de los imputados a la presunción de inocencia, a la motivación y a que un proceso se resuelva en un plazo razonable, que por efecto de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional expediente número doscientos noventa y cinco-dos mil doce-HC/TC, se contabiliza desde que se abre la investigación preliminar, el cinco de diciembre de dos mil once, por lo que a la fecha han transcurrido tres años y seis meses para investigar y Juzgar un delito de tenencia ilegal de armas contra tres imputados, que no es complejo, al no existir dilaciones por parte de ninguno de los procesados, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo, conforme con lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

Vigésimo segundo. El delito de tenencia ilegal de armas exige que sin autorización el agente tenga en su poder estas armas. De lo revisado es claro que los procesados U.T. y R.L. no contaban con licencia, como da cuenta el Oficio número cero cuarenta y tres/sal/veintiuno punto cero uno punto cero tres, de diecinueve de diciembre de dos mil once, oralizado en el juicio oral, que señala que no registran ser propietarios de algún armamento. Entonces, queda acreditar la posesión del arma.

2.3.1. Sobre el acusado U.T.

Vigésimo tercero. En este caso no se acreditó la posesión, pues no existe un acta de registro o incautación que lo pruebe, además, que en el juicio oral no aceptó estos hechos, pues señaló que se encontraba en estado de ebriedad.

Vigésimo cuarto. No existiendo otro medio de prueba que lo acredite, pues el acta de reconstrucción de hechos no puede suplir su aclaración en el juicio oral y ser un medio autoincriminatorio; además, que a lo largo de esta diligencia los procesados han referido acordarse solo de algunos hechos, pues estaban en estado de ebriedad, lo cual se corrobora con el informe número cero dos-dos mil doce-LIF-DML de fojas doscientos sesenta y cuatro. leído en el juicio oral, que señala que al momento de los hechos, aproximadamente, a las diecinueve horas contaba con dos punto cero cuatro gramos por litro de alcohol en la sangre, lo que, según la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, lo ubica en el espectro de la ebriedad absoluta (uno punto cinco-dos punto cinco gramos por litro), en el que existe excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control. Asimismo, dio negativo para el examen de plomo, bario y antimonio, lo que contradice el hecho que hubiere manipulado y disparado el arma.

Vigésimo quinto. Existiendo dos versiones, una de cargo y otro exculpatoria, que pueden explicar el mismo hecho imputado, no se ha desvirtuado su presunción de inocencia.

2.3.2. Sobre el acusado R.L.

Vigésimo sexto. Sobre este acusado pesa la misma imputación, por lo que solo queda acreditar la posesión del arma, que en este caso si se probó, pues según el acta de registro, él era quien la traía, acercándose a los efectivos policiales y entregándola desmontada en siete partes

Vigésimo séptimo. Poseía arma, pero las circunstancias en las que fue entregada, otorgan verosimilitud a su versión exculpatoria, que la tenía para desmontarla, de otra forma, no estando dentro del campo visual de la intervención que se practicó a sus coimputados, hubiera escapado, pero, al contrario se dirigió donde se intervenía a ellos y entregó el arma.

Vigésimo octavo. Dio negativo para el examen de plomo, bario y antimonio, por lo que no se podrá probar que efectuó disparos o que utilizó para otros fines el arma.

Vigésimo noveno. Como se establece en el considerando veintidós, respecto a la situación jurídica de su coprocesado U.T., el acta de reconstrucción de hechos no puede suplir su declaración en el juicio rol, que los niega y ser un medio autoincriminatorio, y a lo largo de esta diligencia han referido acordarse solo de algunos momentos pues se encontraban en estado de ebriedad, lo cual se acredita con el dictamen número dos cero uno uno cero tres nueve tres, que indica que presentaba uno punto setenta y cinco gramos por litro de alcohol, al momento del examen; así como el informe número cero dos-dos mil doce-IIIF- DML que indica, sobre la base del método Widmark, que al momento de los hechos contaba con dos punto sesenta y un gramos de alcohol en la sangre, según la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, que establece los valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona, al encontrarse esta cantidad de

alcohol en la sangre se produce en el agente: estupor, apatía, falta de respuesta o los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de esfínteres. Trigésimo. Existiendo dos versiones, una de cargo y otra exculpatoria, no se ha desvirtuado su presunción de inocencia, como se advirtió en el caso anterior en el fundamento vigésimo quinto.

3. Sobre el delito de uso de armas en estado de ebriedad

3.1. La motivación en la sentencia de segundo instancia

Trigésimo primero. Señalo la Sala de Apelaciones que este es un delito peligro concreto y exige crear un peligro para la seguridad pública, siendo la imputación que efectuó disparos cuando se encontraba en el vehículo de su amigo S.A., antes que se produjera el encuentro con quien fue considerado agraviado por delito de robo agravado, por lo que no ha sido verificada la puesta en peligro en la propuesta fiscal ni en la sentencia apelada.

Trigésimo segundo. Esta afirmación que lleva a la absolución del acusado contiene una motivación aparente, pues no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Trigésimo tercero. Esto es así toda vez que no explica cómo es que no existe este peligro para terceros, cuando es una máxima de la experiencia que una persona que efectúa disparos, en estado de ebriedad, implica un peligro para quienes están alrededor de este.

Trigésimo cuarto. Es evidente que esta acción habiendo personas cerca de él de por sí configura el tipo, sin embargo, la Sala Penal no respondió esto y sin efectuar mayor justificación señala que no se acreditó este elemento.

3.2. La motivación en la sentencia de primera instancia

Trigésimo quinto. No obstante la falta de justificación de lo sentencia de segunda instancia, en este extremo, se advierte que la de primera instancia tampoco cumple la motivación de la opción condenatoria a la que llega.

Trigésimo sexto. Pues al inicio de la redacción hace un recuento de los medios de prueba actuados en el juicio oral; sin embargo, sin mayor análisis, concluye que determinados hechos están probados (señalados en el considerando cuarto), es decir, no existió una valoración de la prueba producida en el juzgamiento, citada en la sentencia, pues no se realizó el análisis probatorio individual, ni en conjunto de las pruebas para establecer acreditados ciertos hechos y el razonamiento que encuadre en la figura típica imputada y tampoco se pronunció sobre el estado de inimputabilidad del acusado, por lo que también es aparente la motivación.

3.3. Decisión sobre el caso

Trigésimo séptimo. El órgano judicial sostiene que está acreditado que el imputado B.M. efectuó disparos con su pistola en el automóvil en el que regresaba del Distrito de Tarata a Moquegua, pero no se analizó ni se respondió que no

estuviera en uso de sus facultades mentales por la elevada ingesta de alcohol demostrada.

Trigésimo octavo. Como esta Corte Suprema ha establecido en el Recurso de Nulidad número mil trescientos setenta y siete-dos mil catorce. de nueve julio de dos mil quince, la inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes, sino también de ciertos estados anormales pasajeros, por lo que de conformidad con el numeral uno del artículo veinte del Código Penal estaría exento de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la conciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Trigésimo noveno. Para establecer las consecuencias del alcohol ingerido en el actuar del imputado se debe analizar el informe número cero dos-dos mil doce- LIF-DML, leído en el juicio oral que señala que B.M. al momento de los hechos, a las diecinueve horas, aproximadamente. Contaba con dos punto cincuenta y ocho gramos por litro de alcohol en la sangre. Para la estimación realizada sobre el alcohol en la sangre del procesado debemos considerar la citada en la Tabla de Alcoholemia y el citado informe que utilizó el método de Widmark (explicado también en el Recurso de nulidad número mil trescientos setenta y siete-dos mil catorce), que establece que la desaparición del etanol en la sangre se da a un ritmo de cero punto quince gramos por litro por hora, entre la hora aproximada de los hechos y la toma de la muestra transcurrió seis horas con veinte minutos, por lo que concluyó que la conducta del imputado se encontraba dentro del parámetro de una grave alteración de la conciencia (dos punto cinco-tres punto cinco gramos por litro), estado que

implica que el agente sufra de estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres, de conformidad a la Tabla de Alcoholemia que forma parte de la ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, que establece los valores referenciales para determinar los niveles de ingesta de alcohol por una persona.

Cuadragésimo. Lo que se condice con el actuar sin sentido del imputado, pues al disparar en el auto en que iba podría resultar lesionado o muerto, de ahí que los síntomas descritos se asemejan a su conducta y determina que no pudo comprender su conducta ni obrar conforme a ella, al estar bajo los efectos del alcohol, que se refleja en la marcada descoordinación muscular y estupor

Cuadragésimo primero. Si a esta se agrega que conforme a la pericia de restos de disparos, presentó negativo, para el examen en sus manos, de las sustancias de plomo, bario y antimonio, que se presentan en estas extremidades, cuando se efectúan disparos con armas de fuego, se contradicen las informaciones de que ejerció total comportamiento, por lo que surgen serios cuestionamientos a la imputación que hace el fiscal que el acusado disparó en estado de ebriedad.

Cuadragésimo segundo. El principio de presunción de inocencia no se ha desvirtuado, por el Ministerio Público, con una actividad probatoria suficiente, lícita y dentro de los plazos previstos, por lo que se debe proceder conforme con el artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

Cuadragésimo tercero. El inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público se encuentra

exento del pago de costas, entre otros miembros de entidades estatales, estos representantes del Estado.

DECISION

Por estos fundamentos:

I Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referido o al principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra la sentencia de vista del treinta y uno de julio de dos mil trece, obrante a fojas quinientos cincuenta y cinco, en el extremo que revocó la sentencia del tres de abril de dos mil trece, que condenó a J.C.B.M. como autor del delito contra la Seguridad Pública-uso de arma de fuego en estado de ebriedad, previsto en el artículo doscientos setenta y nueve F del Código Penal, en agravio del Estado, a un año y seis meses efectiva e inhabilitación por igual plazo, y condenó a L.A.U.T. y L.F.R.L., como autores del delito contra la Seguridad Pública-tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado, a un año y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por igual plazo, y reformándola: los absolvieron de los cargos citados; con lo demás que contiene

II EXONERARON al representante del Ministerio Público del pago de las costas del recurso, conforme al considerando cuadragésimo segundo.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

NF/jhsc

ANEXO 5
MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO

Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017

	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN
GENERAL	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017?	Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00386-2011-42-2801-JR-PE-01 del Distrito Judicial de Moquegua – Lima. 2017
ESPECÍFICOS	Sub problemas de investigación /problemas específicos (no se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis-informe sólo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos	Objetivos específicos (son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la <u>exclusión</u> , en base a la validez formal y validez material?	Determinar la incompatibilidad normativa de la <u>exclusión</u> , en base a la validez formal y validez material.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la <u>colisión</u> , en base al control difuso?	Determinar la incompatibilidad normativa de la <u>colisión</u> , en base al control difuso.
	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la interpretación en base a <u>sujetos</u> , <u>resultados</u> y <u>medios</u> ?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta a la integración en base a la <u>analogía</u> , a <u>principios generales</u> , <u>laguna de ley</u> y	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a la analogía, a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación

	<u>argumentos de interpretación jurídica?</u>	jurídica.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a <u>sujetos y argumentos interpretativos?</u>	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.

ANEXO 6
INSTRUMENTO DE RECOJO DE DATOS
(LISTA DE COTEJO - CASACIÓN)

1. INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

1.1. Exclusión:

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

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

3. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, es decir la validez material. *(Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica)*

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

5. Determinar las causales adjetivas para la selección de normas prescritas en el Art. 429° del Código Procesal Penal. *(Las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró.)*

1.2. Colisión:

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

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

3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. *(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)*

4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. *(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)*

TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

Interpretación:

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

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

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

4. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. *(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)*

Integración:

1. Determina la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema. *(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)*

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

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

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

Argumentación:

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

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

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

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

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

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

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