



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

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

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE
DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA,
EN EL EXPEDIENTE N° 00104-2006-0-2506 - JR - PE - 01
DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA - NUEVO CHIMBOTE 2018**

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

AUTORA
Bach. MARIA JULIA DELGADO REGALADO

ASESORA
Ms. ROSINA MERCEDES GONZALES NAPURÍ

CHIMBOTE - PERÚ
2018

HOJA DE FIRMA DEL JURADO Y ASESOR

Mgtr. Braulio Zavaleta Velarde
Presidente

Mgtr. Jesús Luis Marca Fernández
Secretario

Mgtr. Nicolás Heraclio Ticona Carbajal
Miembro

Mgtr. Rosina Mercedes Gonzales Napurí
Asesora

AGRADECIMIENTO

A Dios, sobre todas las cosas.
A mis maestros, en especial a
la Ms. Rosina Gonzales.

A mis hijos, Betsy, Álvaro, porque su sacrificio fueron mis fuerzas para seguir adelante, ya mi madre que tanto amo, a todos ellos por haberme dado las fuerzas de seguir adelante con mi propósito y alcanzar lo que tanto he deseado sacar el grado de Maestro en la especialidad de Derecho Penal y Procesal Penal.

María Julia Delgado Regalado

RESUMEN

La investigación tuvo como problema: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Corte Suprema, en el expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial del Santa – Nuevo Chimbote, 2017?; el objetivo general fue: determinar las técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa. Es tipo cuantitativo-cualitativo (mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la incompatibilidad normativa nunca se presentó en la sentencia de la Corte Suprema, aplicándose por su parte en forma inadecuada las técnicas de interpretación. En conclusión, al ser inadecuadamente aplicadas no permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema se encuentre debidamente motivada, es decir, interpretada con apoyo de criterios de interpretación, así como de forma adecuada y acertada con los componentes de toda argumentación jurídica.

Palabras clave: aplicación; derecho fundamental; rango y sentencia

5. ABSTRACT

The problem of the investigation was: How are the interpretation techniques applied in the normative incompatibility, coming from the Supreme Court, in file No. 00104-2006-0-2506-JR-PE-01 of the Judicial District of Santa - New Chimbote, 2017 ?; The general objective was: to determine the interpretation techniques applied in the normative incompatibility. It is quantitative-qualitative (mixed) type; exploratory level - hermeneutic; design dialectical hermeneutic method. The sample unit was a judicial file, selected by convenience sampling; to collect the data, the techniques of observation and content analysis were used; and as a tool a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the normative incompatibility was never presented in the judgment of the Supreme Court, and the interpretation techniques were inadequately applied on their part. In conclusion, as they are inadequately applied, they do not allow the sentence under study of the Supreme Court to be duly motivated, that is, interpreted with the support of criteria of interpretation as well as adequately and correctly with the components of any legal argument.

Key word: application; fundamental right; rank and sentence.

6. CONTENIDO

	Pág.
1. Título de la tesis.....	i
2. Hoja de firma del jurado y asesor.....	ii
3. Hoja de agradecimiento.....	iii
4. Resumen.....	iv
5. Abstract.....	v
6. Contenido (Índice).....	vi
7. Índice de cuadros.....	x
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	5
2.1. Antecedentes.....	5
2.2. Bases teóricas.....	9
2.2.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho.....	8
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho.....	8
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho.....	9
2.2.2. Incompatibilidad normativa.....	9
2.2.2.1. Conceptos.....	10
2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa.....	10
2.2.2.3. La exclusión.....	11
2.2.2.3.1. Criterios de validez de la norma.....	11
2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas.....	13
2.2.2.3.3. Las normas legales.....	15
2.2.2.3.4. Antinomias.....	19
2.2.2.4. La colisión.....	22
2.2.2.4.1. Concepto.....	22
2.2.2.4.2. Control Difuso.....	22
2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad.....	23
2.2.3. Técnicas de interpretación.....	29
2.2.3.1. Concepto.....	29
2.2.3.2. La interpretación jurídica.....	29
2.2.3.2.1. Conceptos.....	29
2.2.3.2.2. Función e importancia de la interpretación jurídica.....	30
2.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos.....	30

2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados	31
2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios.....	32
2.2.3.3. La integración jurídica.....	35
2.2.3.3.1. Conceptos	35
2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica	35
2.2.3.3.3. La analogía como integración de la norma.....	35
2.2.3.3.4. Principios generales.....	50
2.2.3.3.5. Laguna de ley.....	51
2.2.3.3.6. Argumentos de interpretación jurídica	52
2.2.3.4. Argumentación jurídica	56
2.2.3.4.1. Concepto.....	56
2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación	56
2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes.....	57
2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto	60
2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos	71
2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica.....	78
2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial	81
2.2.4. Derecho a la debida motivación	83
2.2.4.1. Importancia a la debida motivación.....	83
2.2.4.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces	84
2.2.5. Derechos fundamentales	86
2.2.5.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales	86
2.2.5.2. Conceptos	87
2.2.5.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho	87
2.2.5.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho	88
2.2.5.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial	88
2.2.5.5.1. Dificultades epistemológicas	89
2.2.5.5.2. Dificultades lógicas	89
2.2.5.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio	90
2.2.5.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.....	94
2.2.6. Recurso de nulidad	103
2.2.6.1. Conceptos	103
2.2.6.2. Concepto de nulidad desde la perspectiva procesal.....	104

2.2.6.3. Concepto de nulidad desde la perspectiva constitucional	105
2.2.6.4. Fundamento valorativo de la nulidad procesal	106
2.2.6.5. Presupuestos materiales de las nulidades procesales.....	107
2.2.6.5.1. El principio de legalidad de las formas especificidad o formalidad.....	107
2.2.6.5.2. El principio de trascendencia.....	108
2.2.6.5.3. El principio de convalidación o subsanación	109
2.2.6.5.4. El principio de conservación	110
2.2.6.5.5. El principio de protección.....	110
2.2.6.5.6. El principio de preclusión procesal o eventualidad	111
2.2.6.6. Presupuestos constitucionales de las nulidades	111
2.2.6.6.1. El debido proceso	112
2.2.6.6.2. Garantías del debido proceso.....	113
2.2.7. La sentencia.....	115
2.2.7.1. Etimología	115
2.2.7.2. La sentencia penal	116
2.2.7.3. Naturaleza jurídica de la sentencia	116
2.2.7.4. Motivación de la sentencia	116
2.2.7.5. Fines de la motivación.....	118
2.2.8. El razonamiento judicial	119
2.2.8.1. El silogismo	119
2.2.8.2. La importancia del razonamiento jurídico.....	120
2.2.8.3. El control de la logicidad.....	122
2.3. Marco Conceptual	123
2.4. Sistema de hipótesis	125
III. METODOLOGÍA	126
3.1. El tipo y nivel de la investigación	126
3.1.1 tipo de investigación.....	126
3.1.2. nivel de investigación.....	126
3.2. Diseño de la investigación.....	127
3.3. Población y muestra.....	127
3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores	128
3.5. Técnicas e instrumentos.....	129
3.6. Plan de análisis	130
3.6.1. La primera etapa.....	130

ÍNDICE DE CUADROS

Pág.

Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema

Cuadro 1: Con relación a la Incompatibilidad Normativa.....136

Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación140

Resultados consolidados de la sentencia de la Corte Suprema

Cuadro 3: Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas
de Interpretación147

I. INTRODUCCIÓN

La formulación del presente informe de tesis, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N°009 (ULADECH, 2017), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razón por la cual, se denomina “Técnicas de interpretación aplicadas a las incompatibilidades normativas, proveniente de las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú, 2015” (ULADECH, 2016), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú.

Como puede observarse del título de la Línea de Investigación revela dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato, los cuales se verán reflejados en el contenido del presente proyecto individual.

Tal es así que 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.

Siendo los más beneficiados con la presente investigación los justiciables ya que el propósito de la presente tesis es que los Magistrados apliquen la motivación, si bien es cierto están obligados a aplicarlos, sin embargo no se cumplía en su totalidad, debiendo además aplicar correctamente las técnicas de interpretación sobre incompatibilidad normativa, en donde se trata de evidenciar una sentencia debidamente motivada, en mérito al empleo de 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 por ello que Los jueces deben definir cuáles son las normas aplicables al caso que han de decidir. En muchas ocasiones los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria y constitucional deben resolver antinomias o conflictos normativos. es por ello que es necesario que se consideren las técnicas de interpretación sobre la sobre la 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.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante Recurso de Nulidad N°315-2008 interpuesto por el Representante del Ministerio Publico, la Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, declaró **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos sesenta y tres de fecha diecinueve de octubre del dos mil siete, que absuelve a A.D.G.G. por el delito Contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en de la menor de iniciales C.L.G.V., y por el delito contra la Patria Potestad -Inducción a fuga de menor, en agravio de Edgardo Epifanio Genebroso Ávila y Epifania Valle Torres; con los demás que contiene y es materia del presente recurso; y los devolvieron; intervienen los Señores Jueces Supremos V.S., R.T., S.P. R.M. y C.C., respectivamente.

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

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01del Distrito Judicial Del Santa –Nuevo Chimbote,2017?

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

Determinar las técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01del Distrito Judicial Del Santa –Nuevo Chimbote, 2017

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

1.Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.

2.Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.

3.Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, y medios.

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

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

El presente informe de investigación surge de la problemática de la realidad social peruana, en donde la incompatibilidad normativa no se evidenció, pero en las sentencias que emiten la Corte Suprema, algunas 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 más aún si hubiere sobre incompatibilidad normativa.

Motivo por el cual, los más beneficiados con la presente investigación son los justiciables puesto que al concientizar y sensibilizar a los Magistrados respecto a la aplicación correcta de las técnicas de interpretación 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 esta forma resolver las interrogantes establecidas en nuestro enunciado.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. Antecedentes

Según Glave.C. (2012) en el Perú investigo "*el Recurso de casación en el Perú*" arribo a las siguientes conclusiones: La historia del recurso de casación transita desde los primeros desarrollos del Derecho Romano, pasando por las variaciones del Derecho Francés. Este recurso extraordinario posee una importancia no solamente en el ámbito jurídico, sino también en la construcción de todo el sistema de justicia que nos remite al ordenamiento constitucional moderno en el cual nos encontramos inmersos (...). I. Introducción. El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre el rol que cumple la Corte Suprema de Justicia de la República en nuestro país que, como se sabe, conoce la mayoría de casos a través del recurso de casación. Para realizar ello, nos detendremos en analizar la importancia del paradigma del Estado Constitucional y cómo es que este influye en el rol de la Corte Suprema; así como porque debe ser reanalizado el recurso de casación que, conforme también explicaremos, tiene sus orígenes en un modelo de Estado absolutamente distinto al actual. II. **El paradigma anterior al Estado Constitucional y el surgimiento del recurso de casación.** Es interesante repasar cuáles son las características del Estado Constitucional y de su modelo anterior a fin de notar cómo es que el recurso de casación responde a una realidad absolutamente distinta a la que vivimos actualmente. En un modelo anterior al Estado Constitucional se puede decir que prevalecía el principio de legalidad y de libertad, así como que una característica inherente al sistema jurídico consistía en la generalidad y abstracción de la ley. El principio de legalidad supone que la ley era la principal fuente del ordenamiento y primaba por sobre cualquier otra fuente. De este modo, Joseph Aguiló menciona que “El Estado de derecho, entendido como imperio de la ley o gobierno de las leyes, implica una relación de sujeción, pero solo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos –los propios del Estado de derecho– destinados a erradicar la arbitrariedad de esa relación”. Es decir, que ya no habría arbitrariedad porque ahora los derechos están establecidos en la Ley que expresa la voluntad del pueblo y no en la voluntad del soberano que podía ser arbitraria. De otro lado, el principio de libertad hacía que los individuos vean protegida su autonomía a través de la ley, estos en consecuencia están permitidos de hacer todo aquello que la ley no lo prohibía en tanto que gozaban de una autonomía originaria, en la que justamente se expresa esta libertad. En cambio, los distintos poderes del Estado, es decir la administración, tenía una relación inversamente proporcional con la ley ya que solo podía hacer lo que ésta le permitía. En este sentido, también es importante resaltar que se entendía que los jueces, al ser meros aplicadores de la ley, estaban permitidos de hacer únicamente lo que la ley diga. Así es que se dice que en el Estado liberal de derecho existe² la “libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción”. Ahora bien, esa ley que no era otra cosa que una regla que establecía un supuesto de hecho y una consecuencia

jurídica se caracterizaba, además, por ser general y abstracta. La generalidad de la ley quiere decir que se trata de una regla que es aplicable de la misma manera a todos por igual. De esta forma evidentemente se ve reflejado el respeto al principio de igualdad ante la ley o la propia separación de poderes porque la ley igualmente aplicable para todos no puede ser sustituida por actos de la administración o resoluciones jurisdiccionales. Así la ley, como expresión de la voluntad del pueblo, reflejada en el parlamento, es la fuente suprema del ordenamiento en concordancia con los principios de legalidad y libertad. La ley por ser abstracta necesariamente tiene una vocación de permanencia en el tiempo. Por ello se dice que la generalidad se da en el espacio y la abstracción en el tiempo. Así, al igual que en el caso de la generalidad, la abstracción también busca garantizar la certeza y previsibilidad del derecho y del orden jurídico en general dentro de un Estado de derecho o Estado Liberal de Derecho. Bajo este modelo de sistema jurídico es que en Europa Continental y en Francia en particular se llevó a cabo la codificación. La ley que es una regla abstracta y general comenzó a codificarse con el objeto de, precisamente, regular todos los supuestos de hecho que se presentasen en la realidad. Es en este marco en el que surge formalmente el recurso de casación y en el que se desarrolla. Como veremos, es ese desarrollo del recurso de casación al interior de un modelo de Estado de Derecho que hemos recibido directamente en el Perú. En este modelo de sistema jurídico formalmente el recurso de casación encuentra sus orígenes como tal. Lo que sucede exactamente hacia fines del siglo XVIII en la Francia post-Revolucionaria. Sin embargo, conforme lo explicado por Calamandrei³ la casación en realidad está presente desde mucho antes en la justicia francesa. Calamandrei nos explica que antes de la revolución francesa se pueden encontrar los orígenes de la casación porque en los últimos años del antiguo régimen los Parlamentos, que eran los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional en el imperio en nombre del rey, muchas veces expresaban su oposición al rey en sus decisiones. Por lo que, con el afán de reafirmar su autoridad, el monarca concedió a las partes la demanda en casación con lo que el rey comenzó a tener la facultad de revisar y anular las sentencias que afectaran las normas expedidas por él. Por ello, antes de la revolución francesa, las bases de la casación ya estaban dadas: un mecanismo para concentrar el poder. La diferencia, luego de la revolución francesa, es que con la ruptura del antiguo régimen ese poder, en campo del derecho, ya no estaría concentrado en el rey. Ahora bien, teniendo presente según lo expone Calamandrei, que la casación no habría nacido si es que no hubiera existido un poder concentrado por parte del rey, es claro que la casación, como tal, surge formalmente con el triunfo del movimiento filosófico del iluminismo racionalista que provocó la caída del Antiguo Régimen. Con este cambio, el centralismo del poder se mantuvo vigente, pero, ahora, ya no en manos de un monarca, sino en la razón, lo que, en el campo del derecho, se expresaba a través de la Ley. En Europa continental el poder absoluto del rey fue derrotado por otro poder absoluto: el de la Ley. La ley, una norma que tiene por características esenciales el ser abstracta y general, por lo que responde a la lógica de los principios bases de ese modelo de Estado, el principio de legalidad y libertad en un Estado Liberal de Derecho. Este el marco al que responde la lógica del recurso de casación. Es interesante apreciar, como señala el doctor Monroy Gálvez, cuáles son los principales rasgos que tenía el primer tribunal casacional⁶ que

existió. Dichas características eran: El Tribunal casacional era un órgano político, no jurisdiccional. • Al no ser un órgano jurisdiccional lo único que estaba permitido de hacer cuando decidía declarar la nulidad de la sentencia era reenviar el expediente al juez que emitió la resolución anulada para que se pronuncie nuevamente. • El juez que recibía el reenvío no estaba obligado por la decisión nulificante del Tribunal Casaciones, e incluso podía ratificar la decisión inicial. Si se daba ese caso podía surgir una nueva casación, pero producida la tercera casación el Tribunal Casaciones debía enviar el caso al Poder Legislativo el cual emitía una interpretación auténtica de la ley, la misma que sí era obligatoria para el cuarto juez que recibía el expediente. A esta participación del Poder Legislativo se le denominó Recurso de Urgencia Obligatorio. • También existía la posibilidad que al Tribunal Casacional en la tramitación del proceso le surgiera alguna duda respecto a la aplicación o interpretación de una norma, por lo que podía solicitar al Poder Legislativo su colaboración. Esta posibilidad era conocida como Recurso de Urgencia Facultativo. Este es el modelo del primer sistema casacional que evidentemente a lo largo de los años ha sufrido cambios. Sin embargo, dichos cambios que han respondido a la adaptación del recurso de casación al sistema jurídico al que responde, no son cambios que en la actualidad puedan considerarse sustanciales y coherentes con el sistema vigente, es decir un recurso de casación que comprenda el rol que debe cumplir una Corte Suprema en un Estado Constitucional de Derecho. De este sistema original se puede apreciar que, en realidad, la única finalidad era garantizar la correcta aplicación de la ley. No se puede ver que se considere que la finalidad de unificar la jurisprudencia era una finalidad de la casación original, pues lo único que se buscaba era abolir el poder interpretativo de los jueces⁷ garantizando la supremacía del poder legislativo sobre el judicial. De acuerdo a ello, el primer Tribunal Casacional en Francia no era ni siquiera un órgano jurisdiccional y sus resoluciones, únicamente, tenían un carácter negativo que le prohibían expresar cualquier cuestión de derecho expresada en la sentencia. “¿Acaso la Corte Suprema de la República no debe también dejar de lado la estricta aplicación del derecho desde un punto positivista propia de un modelo anterior?” La función de los jueces en consecuencia debe de estar íntimamente ligada a la interpretación de los principios del sistema al cual pertenece. Por ejemplo, como señala el doctor Gorki González estudiando el trabajo del profesor Romboli, el principio del juez pre constituido por ley en realidad es contradictorio con la idea de “juez natural” que existía anteriormente, y que sigue teniendo vigencia actualmente como un rezago del positivismo jurídico contradictorio con el Estado constitucional, ya que esta concepción de lo natural responde a la necesidad de un juez imparcial que busque decisiones justas, las cuales son legítimas en sí mismas puesto que cumplen con el papel de ser simples “bocas de la ley”. En cambio, en un Estado constitucional, el principio del juez pre constituido por ley presupone la necesidad que la actividad del juez, igualmente imparcial, provea de unidad al sistema jurídico, unidad que más que ser a priori impuesta por el legislador, se convierte en una tarea a posteriori buscando la articulación de los principios del sistema. Los jueces en consecuencia deben de satisfacer las demandas de los casos en concreto yendo más allá de la voluntad que haya tenido el legislador, es decir buscando alcanzar esa unidad y coherencia del sistema. Por ello se dice que los jueces tienen por obligación la necesidad de acreditar sus decisiones

con argumentos y razones de orden constitucional, es decir buscando una justificación válida en el sistema jurídico. En ese mismo sentido Hernando Nieto señala que, en el Estado constitucional la labor de los jueces ya no corresponde a la aplicación de reglas, es decir únicamente a la subsunción de las situaciones concretas a los supuestos de hecho abstractos previstos en la norma, sino que principalmente su labor debe girar en torno a otras normas conformadas por principios y directrices. Ello sin duda es una labor más compleja, ya que son normas que tienen supuestos de hecho o consecuencias abiertas, lo cual en las palabras del mencionado autor es necesario que la actividad jurisdiccional se dé en el concurso del “razonamiento dialéctico” antes que del “razonamiento práctico”. Finalmente, es importante tener presente que, además de los evidentes cambios en la manera de aplicar el derecho en el Estado Constitucional, también es cierto que estamos frente a un paradigma que exige que esta norma fundamental sea interpretada por lo que Haberle denomina una “sociedad abierta de los intérpretes de la constitución” en donde en los procesos de interpretación de la constitución deben de estar incluidos todos los poderes públicos, los ciudadanos y grupos en general, en tanto que participan en la sociedad abierta y la norma fundamental es constituida por ellos. En ese sentido, Haberle también señala que solo se está ante un verdadero Estado Constitucional si: “(...) en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un numerus clausus de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menos realiter, un asunto de una “sociedad cerrada”: la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea su sociedad”. En base a todo lo indicado hasta el momento cabe preguntarse ¿Acaso la Corte Suprema de la República no debe también dejar de lado la estricta aplicación del derecho desde un punto positivista propia de un modelo anterior? No queremos decir que la labor de la Corte Suprema en la actualidad refleje estrictamente un criterio positivista del derecho; sino que lo que buscamos es reflexionar acerca del recurso de casación que es a través del cual el máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial emite sus fallos jurisdiccionales para entender que, en base al entendimiento de los fines de dicho instituto, nuestra Corte Suprema no puede terminar de consolidarse en el rol que le compete cumplir en un Estado Constitucional. Lo que, por lo demás, genera graves problemas en un país en donde también existe un Tribunal Constitucional.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Papel del Juez en el Estado de Derecho

2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho

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

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

2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho

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

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

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

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

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

2.2.2. Incompatibilidad normativa

2.2.2.1. Conceptos

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

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

Tal como se puede apreciar de los conceptos antes citados se puede colegir que cuando existen conflictos entre dos normas del mismo rango, debe prevalecer la especial sobre la general, por ejemplo cuando existe conflicto entre un artículo establecido en un Estatuto de una Asociación o Institución, con un artículo tipificado en el código civil, la norma especial es lo prescrito en el Estatuto y la norma general será lo prescrito en el Código Civil, por tanto prevalecerá lo estipulado en el Estatuto por ser la norma especial.

2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa

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

Respecto a la fundamentación de incompatibilidad normativa, refiere que, cuando existe esta clase de conflictos el juez tiene el deber, Constitucional y legal de resolver dicha incompatibilidad aplicando el principio de Jerarquía Normativa.

2.2.2.3. La exclusión

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

Respecto a la exclusión de normas que, se aplicara a un caso concreto teniéndose en cuenta el rango, la temporalidad y la especialidad, es decir que, se aplicara teniéndose en cuenta la norma de mayor jerarquía ante una inferior, bajo el principio de jerarquía de normas, tal es así que si existe conflicto entre dos normas prevalecerá la posterior (posteriori derogat priori), para finalmente aplicarse la especial por tratarse de una norma específica para el caso en concreto.

2.2.2.3.1. Criterios de validez de la norma

Al respecto, Castillo(2012) sostiene:

La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica. Esto significa, en otras palabras, que para que una norma sea válida, además de su vigencia, es necesario que sea coherente en contenido con las normas superiores, esto es, no incompatible con ellas. Por eso nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado:

“(....) si bien, por definición toda norma valida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma valida. (...)”

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

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

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

Para determinar que una norma está vigente no es necesario analizarla desde un punto de vista de su contenido y de su compatibilidad con las normas de rango superior. Desde luego, y aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente, la vigencia supone que la disposición no haya sido derogada o modificada; la vigencia ocurre entre el momento de entrada en vigor y el momento de terminación de la existencia de la disposición jurídica. (p. 7)

A. Validez formal

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

Mi apreciación al respecto consiste que la validez formal está determinada por su entrada en vigencia de la norma, esto es desde el momento de la publicación en el diario oficial peruano, ya que una norma no publicada no entrará en vigencia, a fin de no atentar contra el Principio de seguridad jurídica.

B. Validez material

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

Al respecto cabe precisar que, para que una norma tenga validez debe estar debidamente verificada, en donde dicha norma o ley este debidamente plasmada en la Constitución o en las leyes, etc.

2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas

Según el autor Torres (2006), señala que la norma jurídica tiene la siguiente jerarquía:

A. Grado superior

Se encuentra constituido por:

➤ **Normas Constitucionales:**

- a) Constitución Política del Perú.
- b) Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- c) Los Tratados Internacionales que afecten disposiciones constitucionales.
- d) Leyes constitucionales (*normas que se materializan la Constitución*). (pp. 273-274)

➤ **Sentencias del Tribunal Constitucional:**

Las sentencias emitidas por el TC se ubican después de la Constitución y por encima de la ley; en tal sentido, el juez de la ley se pronunciará sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales, analizará las posibles interpretaciones de los preceptos legales, y además de ello, se pronunciará sobre el significado constitucionalmente correcto del precepto legal. (p. 275)

B. Grado intermedia

Se encuentra constituido por:

➤ **Normas con rango de ley:**

La ley y todas las normas con rango de ley ocupan la posición más alta en la jerarquía normativa después de las normas constitucionales. La absoluta superioridad de la ley después de la Constitución se desprende del hecho de que la ley puede modificar o derogar cualquier otra norma, y no solamente otras leyes. Siendo los siguientes tipos:

- a) Leyes orgánicas.
- b) Leyes ordinarias.
- c) Resoluciones legislativas.
- d) Reglamento del congreso.
- e) Decretos legislativos.

- f) Decretos de urgencia.
- g) Tratados internaciones.
- h) Normas regionales de carácter general.
- i) Ordenanzas municipales.
- j) Los decretos-leyes. (pp. 276-278)

➤ **Decretos:**

Conformado por:

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

➤ **Resoluciones:**

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

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

Conformado por:

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

En el artículo 139.8 de la Constitución Política del Perú establece que los jueces o magistrados no deberán de dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, razón por la cual, a falta de ello, administrarán justicia con la aplicación de los principios generales del derecho o por las normas del derecho consuetudinario. (p. 281).

Como bien lo sabemos el Derecho Consuetudinario, también llamado usos o costumbres, que es considerado como una fuente del Derecho, y que son tomadas en cuenta al momento de emitir un pronunciamiento ante un suceso de trascendencia, también se puede decir que el Derecho Consuetudinario son acciones o hechos repetidos que con el transcurso del tiempo se han convertido en costumbre.

C. Grado inferior

Conformada por:

- a) **Normas particulares:** contratos, testamentos, etc.
- b) **Normas individualizadas:** sentencias definitivas del Poder Judicial, resoluciones del TC que conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento; laudos arbitrales; resoluciones del JNE; las dictadas por los órganos de justicia administrativa, previo proceso administrativo o disciplinario correspondiente, etc. (p. 281)

2.2.2.3.3. Las normas legales

A. Las normas

Una **norma jurídica** es una prescripción dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar a una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derecho

La **norma jurídica**, así como todos los objetos de conocimiento, presenta diversos caracteres propios que la hacen diferente de las demás reglas de conducta. Interesa destacarlos para llegar a una concepción algo más precisa del instrumento a través de la cual se integra el conjunto de preceptos que ordena, con caracteres de obligatoriedad, la conducta de los hombres.

La cuestión de los **caracteres de la norma** enlaza con el problema de los caracteres del **sistema jurídico normativo**. Cuando se distingue al **ordenamiento jurídico** del ordenamiento moral y del ordenamiento que integran las reglas del trato social, se encuentra que el ordenamiento jurídico tiene como notas **la exterioridad, la heteronomía, la bilateralidad y la coercibilidad**. De ellas se encuentra en los convencionalismos la heteronomía y la exterioridad, por lo cual quedan como notas propias, exclusivas del ordenamiento jurídico, la bilateralidad y la coercibilidad. Son éstas precisamente las notas fundamentales, las características esenciales de la norma jurídica. La norma jurídica es bilateral y es coercible y ninguna otra clase de normas presenta ni la bilateralidad ni la coercibilidad.

1.- La bilateralidad resume uno de los efectos fundamentales de la norma jurídica y, en general, del propio ordenamiento jurídico. La ordenación de la vida de los hombres en su fase exterior, en sus interferencias intersubjetivas, se realiza a través de la legitimación en algunos sujetos a exigir de otros determinados comportamientos, y en otras personas la creación del deber de cumplir con comportamientos que pueden ser exigidos por otros. Es decir, la norma jurídica crea deberes y derechos.

2.- La Coercibilidad es la otra característica fundamental de la norma del Derecho. Si bien a través de la bilateralidad se observa que la norma postula un deber jurídico que debe ser cumplido por parte del obligado, el sólo hecho de que ese deber jurídico sea impuesto no es suficiente para su cumplimiento. Con respecto a la norma moral no sucede lo mismo, porque cuando una persona está obligada al deber moral, lo está en vista de que el contenido del deber es valioso. La norma jurídica postula un deber que no necesita ser valioso para ser obligatorio.

3.-La Generalidad se ubica asimismo como carácter fundamental de la norma jurídica. Se hace consistir a la generalidad en lo siguiente: la norma jurídica prevé para categorías de personas y no para personas en particular. En efecto, si se analizan las formas de la conducta humana, se tiene como consecuencia inmediata que ésta puede tener una variedad infinita de aspectos, y si el Derecho fuese a regularla tomando en cuenta cada caso particular de conducta que se va produciendo, el ordenamiento jurídico tendría que estar integrado por una serie infinita de normas casuísticas.

4.-La Abstracción. Así como se entiende por generalidad el que la norma dispone para categorías de sujetos abstractamente determinados, se llega a concebir la abstracción en el sentido de que la norma no dispone para casos concretos, para hechos particularmente determinados, sino para categorías de hechos, es decir, para “tipos”. Cabe aquí decir lo que se afirma con respecto de la generalidad la cual, refiérese más que todo a la abstracción de las personas. La norma no puede prever para cada uno de los casos concretos en particular, y en consecuencia tiene que abstraer de las diferentes categorías de casos concretos las notas

fundamentales con los fines de construir “tipos” los cuales van a integrar el supuesto normativo. En vista de que estos tipos están formados por los caracteres fundamentales de grandes grupos de hechos concretos de conducta, cuando cualquier hecho concreto de conducta coincida con el «tipo» legal, engendrará una

5.- La Legitimidad. Consiste en que la norma, para ser obligatoria, debe cumplir con determinados requisitos establecidos en el propio ordenamiento jurídico al cual esta pertenece. Una norma no se hace obligatoria si en su nacimiento no ha cumplido con todos los requisitos que la sociedad estipula como necesarios a los fines de que engendre deberes y derechos. De esta manera, si se encuentra una ley de alquileres que no ha cumplido las formalidades previstas en las leyes que a su vez, tienen por objeto regular el nacimiento de las normas en el sistema jurídico venezolano, la tal ley de alquileres no llega a constituirse en norma jurídica y por ende no se hace obligatoria.

6.- La Permanencia. También se entiende como otro carácter propio de la norma jurídica. De acuerdo con lo que sostiene LegazLacambra, al decir que la norma es permanente, no se quiere significar que ella sea eterna, que rija infinitamente en el tiempo, dado que existen normas jurídicas en las cuales el legislador determina previamente el tiempo de su duración. Lo que significa la permanencia es que la norma jurídica no dispone sólo por el tiempo que dure la vida de quienes la han dictado, o para sus primeros destinatarios, sino para regir durante todo el tiempo de su existencia hasta que no venga una nueva norma jurídica a derogarla, o hasta que no se cumplan las condiciones que fueron establecidas por el legislador para que cese su vigencia. La norma jurídica, en tanto que no sea formalmente derogada, subsiste como norma y no puede ser ignorada por quien la haya establecido.

La norma regula nuestra conducta en la sociedad a efectos de no vulnerar los derechos y principios de los demás, y como consecuencia fomentar la paz social.

B. Clasificación de las normas

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

De acuerdo a su naturaleza de las normas son sustantivas o procesales. Esto se determina con independencia del cuerpo legal en que se ubique. Así, el código civil también contiene normas procesales.

Para Carnelutti, las normas jurídicas pueden agruparse en dos categorías:

- a) Una resuelve directamente el conflicto de intereses entre las personas.
- b) Otras disciplinan los requisitos de un acto encaminado a solucionarlo.

Las primeras actúan sobre la *Litis*, reconociendo un derecho e imponiendo una obligación, las segundas regulan los medios para dictar la solución e imponerla, atribuyendo para el efecto un poder jurídico a un determinado sujeto.

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

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

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

C. Normas de derecho objetivo

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

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

La Corte Suprema, en las Casaciones N° 1633-96 de 25 de abril de 1998, N° 3232-98 de 13 de enero de 1999 y 92-99 de 27 de enero del mismo año, ha señalado:

“Las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que otras establecen los requisitos y reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, de allí que las primeras se llaman normas materiales o sustantivas y las segundas, procesales, formales o adjetivas y que su naturaleza se aprecia independientemente de Cuerpo Legal en que se encuentre. Esto se determina por el análisis de la propia norma”.

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

El derecho objetivo, es la norma o el conjunto de normas, y el derecho subjetivo es la facultad que se tiene para exigir el cumplimiento de la norma.

D. Normas procesales

Siguiendo al mismo autor:

El derecho procesal está dado por el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las normas sustantivas. También son normas procesales las que señalan las formalidades que se deben cumplir en determinados actos.

Para el interés del recurso de casación, norma procesal es, en consecuencia, aquella que establece reglas para la actuación del juez de las partes y aún de terceros. Las normas del código procesal civil son de ese carácter.

las normas procesales es la que regula la relación procesal, las cuales son aplicadas en la vía jurisdiccional a través de los jueces a un caso concreto.

1.2.2.3.4. Antinomias

A. Conceptos

Dr. José Guillermo García Murillo.

“De ahora en adelante, habremos de acostumbrarnos a entender la vida humana de esta manera, donde el carácter experimental, crítico, ambiguo, incierto, en ocasiones no se encuentra ausente. Incertidumbre existencial que habrá de caracterizar la inquietud, la curiosidad, el anhelo de superación hecho realidad por un enriquecimiento cultural” Roberto Sánchez Benitez.

La antinomia, se conoce como **antinomia** a la **contradicción, oposición real u aparente entre dos leyes, principios, ideas, palabras, fenómenos, entre otros**. La palabra antinomia es de origen griego “*antinomia*”, formada por el prefijo “*anti-*” que significa “*contra*”, “*nomos*” que expresa “*leyes*”, y el sufijo “*-ia*” que significa “*cualidad*”. Desde un punto de vista analítico, parece más útil distinguir tres conceptos de antinomia, correlativos entre ellos tal como lo expone Chiassoni (2010):

Por otro lado; Ricardo Guasstini quien define la antinomia como aquella situación en la que “dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias diversas e incompatibles”. [Riccardo Guasstini. Estudio sobre la interpretación jurídica. México, Editorial Porrúa 2000 p. 68.]

Por su parte Nolberto Bobbio, define a la “Antinomia Jurídica como la situación entre dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tiene un mismo ámbito de validez”. [Nolberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis 1999 p. 89].

Según Jaime Lara Márquez:

Se conoce como **antinomia** a la **contradicción, oposición real u aparente entre dos leyes, principios, ideas, palabras, fenómenos, entre otros**. La palabra antinomia es de origen griego “*antinomia*”, formada por el prefijo “*anti-*” que significa “*contra*”, “*nomos*” que expresa “*leyes*”, y el sufijo “*-ia*” que significa “*cualidad*”.

Se puede definir una antinomia como aquella situación de incompatibilidad, por la cual dos normas se excluyen mutuamente, al reclamar cada una en exclusividad para sí el ámbito objeto de regulación; de manera tal que, la aplicación de una de las normas conflictivas, niega la aplicación de la otra y viceversa, o lo que es lo mismo, ambas normas no pueden aplicarse a la vez o simultáneamente, dada la incompatibilidad existente entre las consecuencias jurídicas, de las mismas, así como por la incoherencia entre los operadores deónticos empleados en ella.

B. Antinomias en los razonamientos judiciales

Los jueces deben definir cuáles son las normas aplicables al caso que han de decidir. En muchas ocasiones los jueces —en el ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria y constitucional— deben resolver antinomias o conflictos normativos. Se hace entonces necesario que los jueces consideren los criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias. En este contexto, el presente trabajo analizará los criterios y meta criterios clásicos: jerárquico, cronológico y de especialidad, cuyo examen se realizará desde la perspectiva de las Fuentes del Derecho Constitucional chileno.

Palabras clave: Antinomias. Conflictos normativos. Criterios de resolución. Jerárquico. Cronológico. Especialidad. Fuentes del Derecho Constitucional.

Al respecto los jueces antes de aplicar una norma en un caso en particular previo estudio analizaran las normas a efectos de no entraren contradicción con otras normas y están obligados a resolver las incompatibilidades normativas y /o antinomias que se presenten en un caso.

C. Las Antinomias como incompatibilidad normativa

La incompatibilidad normativa, pertenencia al mismo sistema jurídico, y coincidencia en el ámbito de aplicación. Sin embargo, debe quedar claro desde ahora que la

apreciación de estos requisitos, en los procesos de aplicación del Derecho no es una operación mecánica, sino que implica la adopción por parte del juez de decisiones no guiadas por normas jurídicas, sino fruto de valoraciones subjetivas. El motivo reside en que las antinomias se producen entre normas jurídicas, es decir entre significados atribuidos a las disposiciones normativas como consecuencia de su interpretación. Todo ello requiere algunas aclaraciones.

Para que pueda hablarse de una antinomia en el sistema jurídico es preciso que dos normas sean incompatibles, que pertenezcan al mismo sistema jurídico y que posean el mismo ámbito de aplicación.

1. *Los casos de incompatibilidad normativa.* Como se sabe, las normas en general y las jurídicas en particular se caracterizan por obligar a realizar determinados comportamientos, por prohibirlos o por permitirlos. Siendo, por tanto, tres las calificaciones normativas, tres son los casos de incompatibilidad entre normas: a) Que una norma jurídica obligue a realizar un comportamiento y otra norma prohíba realizar ese mismo comportamiento. Por ejemplo, se daría una antinomia entre una norma que dijera “Las clases de primer curso tendrán una duración de cuarenta y cinco minutos” y otra que señalara que “Las clases de primer curso no tendrán una duración inferior a una hora”. b) Que una norma jurídica obligue a realizar un comportamiento y otra permita no realizar ese mismo comportamiento. Por ejemplo, se daría una antinomia entre una norma que dijera “Para realizar el examen es obligatorio presentar la credencial para votar” y otra que señalara que “El examen para el alumnado sin credencial para votar se realizará a las cuatro de la tarde”. c) Que una norma jurídica prohíba realizar un comportamiento y otra permita realizar ese mismo comportamiento. Por ejemplo, se daría una antinomia entre una norma que dijera “Durante el examen no se podrá salir del aula” y otra que señalara que “La salida del aula durante el examen se realizará con el menor ruido posible”.

2*La pertenencia al mismo sistema jurídico.* Aunque parezca una obviedad, una antinomia sólo puede producirse entre normas pertenecientes al mismo sistema jurídico. Por ejemplo, si un sistema jurídico prohíbe la bigamia y otro sistema distinto permite poseer varias esposas, no sería un caso de antinomia. Pero tampoco entre una norma jurídica que permita el divorcio y otra del Código de Derecho canónico que lo prohíba, aunque ambos sistemas normativos desarrollen sus efectos en un mismo territorio y en relación con las mismas personas, ya que se trata de sistemas distintos.

3. *El ámbito de aplicación.* Cada norma jurídica posee un ámbito concreto de aplicación o de validez, ya que establece una consecuencia jurídica para un momento temporal concreto, para un lugar, unas personas y unos comportamientos u objetos. Por ello, para que estemos en presencia de una antinomia es preciso que las dos normas incompatibles coincidan desde un punto de vista temporal, espacial, personal y material.

Una antinomia es una incompatibilidad entre dos normas de mismo rango, el cual ha sido debidamente publicada en la misma fecha, y se encuentra vigente al momento de haberse cometido la infracción.

2.2.2.4. La colisión

2.2.2.4.1. Concepto

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

La colisión normativa se da cuando dos normas tuvieran contenido compatible entre sí, para ello se recurrirá a una serie de criterios a fin de analizar o proveer que norma prevalece sobre la otra o si es que la norma se ha derogado

2.2.2.4.2. Control Difuso

En principio, iniciaremos indicando que en la doctrina y en la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, esto dependiendo del órgano al cual la Constitución encargue dicha función. Es así que tenemos el **control difuso**, porque ante un conflicto de una norma legal frente a una constitucional se ha de preferir esta última, y esta labor es comisionada a cualquier operador del derecho, para un sector respetable de la doctrina encargado solo a los jueces, y el **control concentrado**, porque aquella labor recae en un solo órgano especializado, quien ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes.

Características. El Control Difuso de la constitucionalidad de las leyes, como ya se dijo, es competencia de cualquier órganos jurisdiccional, sin importar la especialidad; la ley no deja de estar vigente solo se inaplicará al caso litigioso. Este modelo solo se aplica en una controversia específica, real y concreta (naturaleza incidental), esto es, se aplica en un proceso instalado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad no va más allá de los linderos del expediente (declaración de inaplicabilidad), es por ello que se puede afirmar que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectará a las partes vinculadas en el proceso, no es *Erga Omnes*. Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de «sistema difuso», distribuido o difundido entre todos los órganos jurisdiccionales que integran dicho poder del Estado). Otra característica

resaltante, es el hecho que para la aplicación del control difuso se cuenta con un procedimiento directo.

En nuestra realidad el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia Nro. 1124-2001-AA/TC publicado el 11 de setiembre del 2002 ciertos presupuestos que se debe advertir a fin de aplicar válidamente el control difuso: a) Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso. Y c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución. Cierto es que en su modelo de origen el *Control Difuso* solo operaba en el escenario de un proceso judicial concreto y real, por lo que podríamos afirmar que solo son los jueces los facultados de aplicar el *Control Difuso*, sin embargo a la fecha esto no es del todo cierto, pues dicha facultad también lo ostenta el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional y demás órganos colegiados administrativos con ciertas restricciones. *Publicado el 6 Mayo, 2013 por Alexander Rioja Bermúdez bajo PROCESAL CONSTITUCIONAL.*

En el modelo difuso, el examen de validez lo puede llevar a cabo cualquier juez en el curso de un caso concreto que se le presente, en el supuesto de estimar que cierta disposición es inconstitucional, sólo puede desaplicar la disposición en el caso concreto, resolviendo como si ésta no existiera.

2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad

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

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

A. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo el análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de

excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC. Exp. N° 0010-2002-AI-TC de fecha 03.01.2003)

Por otro lado, cabe precisar que, el principio de proporcionalidad puede también ser planteado por el juez como una exigencia autónoma que el legislador debe respetar independientemente de cualquier conciliación entre los principios constitucionales. (passin)

Efectivamente tal como lo ha establecido, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Análisis de idoneidad. El establecimiento de un régimen de protección patrimonial en beneficio de las empresas azucareras constituye un medio adecuado para lograr el *objetivo*. La suspensión temporal de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y similares sobre los activos de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria constituye, en efecto, una medida para la reactivación económica de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria, las mismas que como ya señaláramos atraviesan por una crisis económica, pues, tal medida evita que los acreedores de las mismas se hagan cobro de sus acreencias con los escasos recursos con que cuentan las referidas empresas, dejando en grave riesgo a los trabajadores respecto de su puesto de trabajo y la propia población del lugar, pues es claro que dichas poblaciones dependen en esencia de la actividad agroindustrial y de los comercios y actividades colaterales que se desarrollan en torno a ella.

Análisis de necesidad. Dado que se trata de una sentencia en proceso de ejecución es fácil comprobar que no existe medida más efectiva que la propuesta por el legislador. La suspensión de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales, así como de la suspensión de ejecución de sentencias resulta ser un medio necesario (indispensable) para alcanzar el *objetivo*, dado que además de los otros mecanismos descritos en la Ley 28207, no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin. Si bien podrían alegarse

como medidas para lograr el objetivo, entre otras, la condonación de las deudas de tales empresas agrarias azucareras, no obstante, ello, dichas medidas no gozan de la misma eficacia para lograr el desarrollo de la actividad azucarera, pues, aunque tales medidas impedirían que las empresas disminuyan sus activos fijos, sin embargo, se perjudicaría sin lugar a dudas, los derechos de los acreedores quienes se verían imposibilitados a cobrar sus créditos para siempre.

Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. El tercer paso del test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la *ley de la ponderación* conforme a la cual, “Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley.

Es preciso señalar que para tener una correcta resolución es necesario tanto el principio de motivación adecuada de las resoluciones y requerimientos, y el de proporcionalidad respecto de los cuáles serán los pilares para la medida de prisión preventiva por el cual se va a requerir, y sobre todo que se ha de sustentar tanto en el requerimiento escrito, como en el sustento oral en el momento de la audiencia correspondiente.

B. Juicio de ponderación

En la teoría jurídica el llamado “Juicio de Ponderación” ha sido considerado como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango y que por lo tanto, exigen ser realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas.

Así el juicio de ponderación ha sido utilizado en la actualidad con mayor frecuencia en nuestro sistema jurídico en forma opuesta a la subsunción que se basa en meta-reglas jurídicas para resolver conflictos entre normas, tales como “*ley superior deroga a la ley inferior*”, “*la ley especial deroga la ley general*” o “*ley posterior deroga a la ley anterior*”, pues cuando se trata de normas constitucionales dichas meta-reglas resultan ineficaces para la resolución del conflicto de principios constitucionales, que no puede solucionarse bajo la simple aplicación de una regla de prioridad temporal, ni de especialidad o rango, ya que existe una tensión de principios que no puede dirimirse estableciendo una prioridad absoluta de una sobre otra.

la ponderación viene hacer el análisis que se hace de una norma cuando se encuentra en conflicto al mismo tiempo dos bienes o valores constitucionales, para lo cual se establecerá una orden de preferencia en la aplicación al caso en concreto.

➤ Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación:

Conflictos entre normas: noción y tipología.- Noción de conflicto normativo Un conflicto normativo – una “antinomía” – es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o

a la misma clase de controversias. Una primera norma N1, concede al supuesto de hecho F la consecuencia jurídica G (“si F entonces G”), mientras una segunda norma N2 concede al mismo supuesto de hecho F la consecuencia jurídica no-G (“si F, entonces no-G”).

En presencia de un conflicto normativo, la misma litis puede ser decidida de dos modos diferentes, en violación del principio de certeza del derecho, que exige la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Igualmente, dos conflictos similares pueden ser decididos de dos modos diversos, en violación del principio de igualdad, el cual exige que dos casos iguales sean tratados de la misma manera. Se dice “coherente” (consistent) un conjunto de normas en el que no existe indicio de conflicto.

Tipología de los conflictos normativos Ahora la distinción fundamental a introducir es aquella entre dos tipos de conflictos: conflictos “en abstracto” (o necesarios) y conflictos “en concreto” (o contingentes). Generalmente, los conflictos “en abstracto” son por lo general escasos, mientras los conflictos “en concreto” son más frecuentes.

De ello se sigue que el aborto terapéutico está prohibido, en cuanto aborto de la primera norma; pero está permitido desde la segunda. Pues bien, el conflicto entre estas dos normas puede ser identificado “en abstracto” – esto es sin referencia a algún supuesto de hecho concreto- desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos están conceptualmente incluidos en la clase de los abortos sin ninguna especificación. Conflictos “en concreto” Un conflicto “en concreto” se produce cada vez que –al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto- se observa que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto .

Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos, pero independientes desde el punto de vista conceptual, por lo que el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo no puede ser identificado sino con ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular al cual ambas se revelan aplicables. Por ejemplo:

una primera norma establece “los ciudadanos deben pagar los impuestos”; una segunda norma establece, a su vez, “ningún impuesto es debido por los desocupados”.

Otro ejemplo: una norma establece que el automóvil se debe detener frente al semáforo rojo; otra norma prohíbe detener el automóvil frente a las instalaciones militares. Los dos supuestos (se- 633 Estudio de RiccardoGuastini semáforo rojo e instalación militar) no guardan ninguna relación conceptual, y por tanto no entran en conflicto “en abstracto”. No obstante, el conflicto nace si alguien de facto sitúa un semáforo en los alrededores de una instalación militar. Los conflictos “en abstracto” dependen por tanto de la estructura conceptual del lenguaje legislativo; los conflictos “en concreto” dependen, en cambio, de aquello que ocurre en el mundo. De otro lado, las clases de supuestos regulados en las dos normas en conflicto pueden sobreponerse totalmente o parcialmente. Se deberá por tanto distinguir entre conflictos totales y conflictos parciales.

La ponderación Pues bien, la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar “ponderación” o “balance”. La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto.

i). Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro. 637 Estudio de RiccardoGuastini.

Por consiguiente, el principio que tiene “mayor valor” prevalece sobre el otro: éste es aplicado, mientras el otro es acantonado. Si observamos: los criterios de solución de los conflictos “lex posterior” y “lex superior” no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien acantonado, no aplicado, no es

declarado nulo, abrogado o inválido. En otras palabras, éste queda “en vida”, en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias.

La ponderación, por tanto, no es una “conciliación”. No consiste en “poner de acuerdo” los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio” entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.

ii). Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida- en un caso concreto diverso.

El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el “valor” de los dos principios “en abstracto”, de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. Tampoco aplica –como también podría- el criterio “lex specialis”, decidiendo que uno de los dos principios haga excepción del otro siempre y en todas las circunstancias. El juez se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto.

El conflicto por tanto no es resuelto definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura.

Es por tanto evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver. [Estudio de Doctrina Constitucional. Estudio de Ricardo Guastini - Palestra del Tribunal Constitucional]

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

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

La ponderación viene hacer el análisis que se hace de una norma, cuando se encuentra en conflicto al mismo tiempo dos bienes o valores constitucionales, para lo cual se establecerá un orden de preferencia en la aplicación al caso en concreto.

2.2.3. Técnicas de interpretación

2.2.3.1. Concepto

Por técnica interpretativa consiste en la aplicación de un método para determinar el significado y alcance de un texto, en nuestro caso una norma jurídica.

También, viene hacer al estudio de los problemas relacionados con la aplicación del derecho objetivo a casos concretos.

"El arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente." *GARCÍA MÀYNEZ, Eduardo; ob. cit.; p. 317.*

El autor indaga respecto de los distintos métodos y doctrinas de interpretación y aplicación de la norma jurídica, citando a reconocidos autores, procurando establecer paradigmas universales en la comprensión hermenéutica del fenómeno estudiado.

Las técnicas de interpretación es el conjunto de pasos a seguir para llegar a un objetivo o conclusión en el caso particular del tema al que hacemos referencia, el principal objetivo es poder interpretar las normas, leyes, reglamentos y demás disposiciones legales de una manera realista y coherente con el fin de aplicar a un caso jurídico.

2.2.3.2. La interpretación jurídica

2.2.3.2.1. Conceptos

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

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

La interpretación jurídica, no es otra cosa que "la comprensión e indagación del sentido y significado de las normas".

2.2.3.2.2. Función e importancia de la interpretación jurídica

La interpretación jurídica cumple una función normativa en la medida que busca obtener del Derecho vigente máximas de decisión y de acción práctica, determinando los criterios que deben regir en el mundo social de acuerdo al orden jurídico. (Castillo, 2004, p. 15)

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

2.2.3.2.3. La interpretación en base a sujetos

La interpretación de la Constitución es una tarea compleja y llena de dificultades, relativas al "cómo" y al "quién". Se trata de un proceso que comparte algunas características con la interpretación de cualquier otra norma, pero que reviste también notorias peculiaridades. Por ello, sin perjuicio de la aplicabilidad a la Constitución de los criterios o elementos habitualmente utilizados en la interpretación jurídica, se han propuestos diversos métodos específicos para la interpretación constitucional, como la concretización, el método tópico, o la ponderación. Pero todos ellos presentan alguna

carencia cuando se les quiere utilizar como un método global y universal de interpretación constitucional.

En cuanto a los sujetos, se sostiene que, privados o públicos, pueden realizar esa labor, pero están en una posición especial el legislador y el juez; en especial el juez constitucional. El trabajo se centra en el análisis de la posición especial del Tribunal Constitucional o la jurisdicción constitucional específica equivalente como intérprete supremo de la Constitución. En esta condición, sus decisiones tienen un valor especial, vinculante para todos los jueces y tribunales, e incluso en algunos casos poseen efectos erga omnes o derogatorios de las leyes. Eso es lo que da a la jurisprudencia constitucional el valor de una fuente del derecho, y al Tribunal Constitucional, una posición de poder de gran relevancia, en la cual puede enfrentar a los otros intérpretes constitucionales. En su condición de delegado del poder constituyente, su poder es grande, aunque sobre el mismo, todo sistema ha de establecer algunos controles. [Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. (cojavier.drevorio@uclm.es)]

2.2.3.2.4. La interpretación en base a resultados

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

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

A. Restrictiva

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

Interpretación restrictiva, es aquella en cuya virtud se desprende que la ley objeto de interpretación debe aplicarse a menos situaciones de las que ella menciona expresamente.

B. Extensiva

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

La interpretación extensiva es entender los conceptos de la norma en el sentido más amplio o dicho de otro modo, interpretar el texto de la ley mas allá de su contenido para incluir supuestos que en base a la letra no estaría incluidos.

C. Declarativa

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

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

D. Pragmática

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

2.2.3.2.5. La interpretación en base a medios

A. Literal

Primero para tener un concepto o una apreciación sobre el tema debemos de saber qué es lo que significa interpretación en base a medios de manera literal: para ello tendremos en cuenta lo a continuación se tiene:

Método Literal, Consiste en descubrir lo que “quiere decir” el texto normativo a partir del significado de las palabras y de su contexto lingüístico, utilizando las reglas de la semántica y la gramática. De acuerdo con lo señalado por Rubio Correa: “Para el método literal, el procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario” 35.

A mi entender, la interpretación en base a medios específicamente de manera literal, consiste en el descubrir lo que quiere decir un texto o un mandato judicial, en donde se utiliza palabras jurídicas y medios no común para una persona desconocedora del derecho, para ello se utiliza herramientas, como las leyes, normas, jurisprudencias y códigos, utilizando el justiciable las palabras idóneos, con el único propósito de ser entendidos por las personas de apie que no tienen conocimiento o desconocen la lingüística jurídica que se aplica en un caso concreto a fin de tener una viable apreciación por los que leen un texto emitido en una resolución judicial.

B. Lógico-Sistemático

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

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

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

C. Histórico

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

*Métodos de interpretación histórica, son aquellos documentos, testimonios u objetos que sirven para transmitir un conocimiento sobre los hechos del pasado. Todos aquellos medios que nos han llegado del pasado y que el historiador utiliza para reconstruir, comprender e **interpretar** el mismo pasado.*

D. Teleológico

La interpretación teológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines. Mediante la interpretación teleológica, frente a un caso concreto, se establecerá cuál de los fines, de entre los varios a que tiende el ordenamiento, es el normativo decisivo. (Torres, 2006, p. 574)

Con el criterio teleológico de interpretación se propende a la realización de los principios ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. Estos

principios tienen una configuración distinta en la regulación de cada sector de la realidad social. (Torres, 2006, p. 574)

Para la interpretación teleológica, el sentido propio de las palabras es el punto de partida, mientras que el espíritu y finalidad de la ley constituyen el punto de llegada.

2.2.3.3. La integración jurídica

2.2.3.3.1. Conceptos

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

La integración está sujeta en mayor grado al error pues la solución deriva de la inexistencia de normas positivas. En este tipo de solución, el magistrado cumple con una labor de creación, pues su resultado consiste en imaginar o imponer una nueva norma que entonces se incorpora al orden jurídico para completar su vacío. Es decir que en cierta forma el juez actúa por una especie de delegación legislativa, otorgando validez decisoria a lo que éste resuelva aplicando principios preestablecidos

2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica

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

2.2.3.3.3. La analogía como integración de la norma

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

En la aplicación de la ley, se exige determinar cuáles son los supuestos que se hallan recogidos por estos, donde no se debe rebasar los límites que la ley determina en la adecuación de ciertos supuestos, pues cualquier violación a estos límites implicaría contradecir la vigencia de la garantía de prohibición de la analogía. Es por ello que su

tratamiento “está relacionada con la problemática de la interpretación”. (REA, s.f., p. 547)

Así, la interpretación viene a ser la aclaración fundada de la letra y del espíritu de las normas legales, para conocer su verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general en un caso particular. La diferencia entre interpretación (no sólo permitida, sino necesaria) y analogía (prohibida únicamente si perjudica al reo) radica en que la primera es la búsqueda del sentido o significado del texto que se halle comprendido en el precepto legal (de ahí que para ser considerada como tal deba permanecer dentro de los límites del “sentido literal posible” del texto legal), mientras que la segunda desborda los límites que permiten su interpretación, suponiendo la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otro sí comprendido en el texto legal. (REA, s.f., pp. 547-548)

A. La analogía in malam partem

➤ Contenido de la analogía in malam partem:

La analogía consiste en aplicar una norma a casos que no se ajustan estrictamente a la norma pero que parece conveniente aplicarla para un caso similar al que hay delante pero que carece de regulación legal. La analogía es muy utilizada en Derecho para cubrir lagunas legales.

Prohibición de la analogía en contra del reo. Aunque el artículo 4.1 del Código Penal no dice nada, la analogía que se prohíbe es la analogía en contra del reo, por tanto, si el hecho que comete una persona no se corresponde estrictamente en la tipicidad de ningún delito, resulta atípico, es decir, no tiene consideración de delito y no se puede recurrir a un tipo legal similar para imponer la pena prevista para ese delito por muy similar que sea. La analogía contra el reo significa que las lagunas legales no pueden ser cubiertas a través de leyes que regulan casos similares o de igual significación jurídica ya sea como presupuesto para castigar el delito o agravar. Así pues, el juez penal tiene prohibido aplicar la analogía.

Inexistencia de una distinción entre analogía a favor o en contra del reo en el artículo 4.1 del Código Penal, el artículo 4.1 del Código Penal no distingue entre analogía a favor o en contra del reo. Se prohíbe la analogía in malam parte o en contra del reo, no la analogía in bonam parte o a favor del reo, que no está prohibida. Por ejemplo, el artículo 21.6 del Código Penal permite la analogía a favor del reo.

El principio de legalidad conlleva como consecuencia para el juez la prohibición de castigar aquellas conductas que no estén estrictamente contenidas en la ley penal.

Como consecuencia de ello, el juez penal no puede utilizar la analogía para considerar una conducta constitutiva de delito. La analogía consiste en aplicar una norma jurídica a un caso que no está incluido en el tenor literal de la norma pero que resulta muy similar a los que si están previstos en ella, de forma que se le da el mismo tratamiento jurídico. Mientras que en otras ramas del ordenamiento jurídico la analogía es utilizada por el

juez como método de integración del Derecho para completar las lagunas legales, en Derecho Penal la analogía está prohibida.

Así, el art. 4 de nuestro Código Civil, tras admitir la aplicación analógica de las normas (“cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regule otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”), ordena que “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en ellas”.

La prohibición de la analogía supone la imposibilidad no solo de extender a supuestos no contemplados en la ley un precepto que castiga casos similares sino también la de restringir o negar la aplicación de un precepto que contiene previsiones favorables para el reo a un caso incluido en dicho precepto pero que es similar a otros no contemplados en el mismo.

Del principio de legalidad penal solo se deduce la prohibición de la analogía cuando se use para condenar o agravar la responsabilidad penal, lo que se conoce como “prohibición de la analogía in malam partem” o “prohibición de generalización”. Pero no se opone, sin embargo, al principio de legalidad el uso de la analogía favorable al reo, es decir, para excluir o atenuar su responsabilidad (analogía in bonam partem), pues ello no viola ninguna garantía del ciudadano. [Derecho Penal]

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

✓ **Definición, función y clases:**

- Analogía es una palabra que deriva del griego analogon cuyo significado literal es semejanza, proporción. 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.

Según una conocida opinión la analogía “Es el traslado de una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho [A], o para varios supuestos de hechos similares, a otro supuesto de hecho [B], no regulado en la ley, “similar” a aquél” . Asimismo, se apunta que la analogía significa “la comprobación de una igualdad normativa entre dos casos que no son completamente iguales, pero que lo son en grado suficiente para que el régimen jurídico de uno deba ser igualmente al del otro”. Ella es muy útil y fecunda en el desarrollo del pensamiento tópic que partiendo de la solución del caso conocido se dirige a la solución de supuestos semejantes. Antes que un

principio se haga consciente, es captado intuitivamente en la “ semejanza”. Ella se dirige a obtener un determinado resultado y su esencia es más valorativa que lógico – sistemática.

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. Asimismo, no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado.

- 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. Mientras los procedimientos de autointegración más importantes son la analogía y los principios generales del derecho, la heterointegración se produce en virtud a la apelación a ordenamientos diversos o apelando a fuentes distintas a la dominante. 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. En estos casos, no se puede obtener de la ley una respuesta para una cuestión jurídica. Se afirma con acierto que la analogía comienza donde la interpretación del texto de la ley termina, al haberse rebasado su sentido literal posible. La autointegración se caracteriza – según *Bobbio* – en virtud a que la integración de las lagunas del derecho se produce aprovechando los recursos del mismo ordenamiento, en el ámbito de la fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante.

Desde un punto de vista lógico, la analogía: “Es una clase de razonamiento jurídico mediato en donde la conclusión se infiere de por lo menos dos premisas, y no sólo de una, que va de lo especial a lo general, diferenciándose de los razonamientos deductivos o inductivos” . La analogía sería un razonamiento a nivel que se mantiene siempre en un mismo plano, ya sea en lo particular o lo universal. De manera frecuente se afirma que el razonamiento por analogía es un razonamiento desde lo “particular a lo particular coordinado”, mientras el razonamiento deductivo va de lo general a lo particular y el inductivo de lo particular a lo general.

Sin embargo, otro sector doctrinal – al cual nos adherimos – considera que es posible distinguir entre la analogía jurídica y la analogía lógica. Este criterio parte por reconocer que la columna vertebral de la analogía jurídica lo da el cumplimiento, como presupuesto, de la analogía en sentido lógico, de la cual depende. Sería inconcebible pretender fundar una analogía en un sentido normativo excluyendo al razonamiento lógico del *argumentum ad simile*. La analogía sólo es justa en tanto es lógica. Sin este razonamiento no puede plantearse la analogía jurídica, pues sería como pretender construir un edificio sin base, sosteniéndolo en el aire.

Con todo, 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 consecuencia del precepto se aplica a otro caso no regulado; no por el hecho que sean situaciones análogas o porque tienen notas comunes que la hacen partir de una misma base ontológica, sino porque existe la misma razón, el mismo fundamento jurídico para resolverlos del mismo modo. 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*. Al Derecho no le interesa saber si dos hechos o casos son iguales o tienen semejanzas esenciales, desde un punto de vista fenomenológico, porque el Derecho no compara hechos, sino valora conductas, estimando si participan de la misma razón jurídica y deben, por tanto, ser tratadas igualmente.

Como bien apunta *García Maynez*: “El descubrimiento de esa razón jurídica o, en otras palabras, el de la igualdad jurídicamente esencial de los casos no es un problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquéllos”. En sentido parecido se pronuncia el filósofo argentino *Carlos Cossio* cuando, al referirse a la analogía jurídica, señala que: “Es un juicio estimativo sobre la analogía lógica que consiste en calificar como justo el proceder lógico que nos lleva a lo lógicamente consecuente, sin perjuicio que sea injusto en sí el resultado, cuando es injusto el término de comparación analógico”, para terminar sosteniendo que: “La analogía es una verdad de una igualdad; la analogía jurídica es la justicia de una igualdad”. En los mismos términos se pronuncia *Legaz y Lacambra* cuando sostiene

que: “La analogía jurídica sería un juicio de valor emitido por el Derecho sobre la analogía lógica”, y *Karl Larenz* al señalar que: “En la analogía jurídica se trata siempre de un proceso valorativo y no únicamente de una operación mental lógico – formal”. La analogía no sólo se compone de elementos vinculados a la lógica pura, a manera de un frío silogismo, sino que tiene que ver con profundos principios de carácter valorativo y que pueden resumirse en la apelación a las “razones teleológicas” o de “ semejanza axiológica”, más que ontológica. En ella también se encuentran las intuiciones judiciales o los particulares puntos de vista del intérprete, pues como sostiene *Josef Eser* “La formación analógica sigue siendo siempre una decisión del juez, es decir, un acto valorativo y volitivo como ha dicho *Zitelmann*”.

La analogía como método de integración normativa no es un problema de los lógicos, si no de los juristas, pues mientras ellos solo raparan en el cumplimiento de las reglas del razonamiento y de la verdad o no del silogismo, los juristas están obligados a valorar los hechos, a determinar el alcance de la norma, la identidad de razón y la consecuencia jurídica que se ha de imponer, su trabajo tiene que ver más con la validez de sus relaciones que con la verdad de las mismas.

✓ Requisitos:

Según Bobbio, entiende que el razonamiento por analogía es “aquella operación llevada a cabo por los intérpretes del derecho, mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso y para una materia similar”. Agrega que para que los términos puedan considerarse similares es necesario que tengan una o más propiedades en común. Es uno de los métodos que permiten al juez salir del estancamiento provocado por la laguna y decir el derecho, y tiene como presupuestos tanto la imposibilidad del legislador de prever todos los casos posibles, como que ningún caso puede quedar sin solución.

Constituye un instrumento importantísimo utilizado por los juristas para la ampliación interna de un sistema legislativo.

B.- Como procedimiento para explicitar toda la norma general en que debe subsumirse un determinado caso no previsto (analogía juris o analogía del derecho).

Se basa en una pluralidad de disposiciones particulares. Por medio de un procedimiento inductivo desarrolla principios generales y los aplica a los casos que no caen bajo ninguna de las prescripciones legales.

El Razonamiento lógico por analogía, es aquél por el cual, puestos dos términos ligados por una semejanza, se atribuye al segundo el predicado del primero, pasando de lo individual a lo individual.

Cuando el art. 16 del Cód. Civil se refiere a las leyes análogas, no hace referencia a un cierto método interpretativo que excluya a los otros métodos, sino que suministra materiales que van a elaborarse de acuerdo a uno u otro método interpretativo y de acuerdo al razonamiento deductivo o inductivo.

Aplicada al derecho la analogía lógica tiene la misión de ayudar a formar la norma general que rige ciertos casos no contemplados por las leyes vigentes.

De igual manera en el Título Preliminar del Código Penal en su Artículo III, refiere que: “Prohibición de la Analogía 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 les corresponde”.

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

✓ **Requisitos:**

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

A. Existencia de lagunas en el Derecho positivo

Consideramos que este es un punto central de la cuestión; y sin pretender agotar el número de autores que han escrito sobre el tema; trataremos de analizar las principales posturas.

Vanossi realiza un análisis pormenorizado de las posturas doctrinarias en torno al tema, a nuestro criterio con una claridad meridiana; y de este autor tomamos la siguiente clasificación:

a) El "realismo ingenuo": Los sostenedores de esta teoría afirman la existencia de las lagunas en el derecho como consecuencia de la imposibilidad de que la inteligencia humana pueda prever las nuevas situaciones de hecho que se van dando en el campo jurídico. Un exponente de esta doctrina es Busso en los comentarios al código civil argentino; al referirse que la legislación en materia de bienes muebles es incompleta y por lo tanto constituye una laguna normativa; toda vez que en 1871 el legislador no pudo prever la importancia que dichos bienes tendrían en el futuro.

El "empirismo científico": Niegan la existencia de las lagunas en el derecho, admitiendo la validez del principio de que "todo lo que no está prohibido está permitido" son expositores de esta doctrina Zitelman; quien otorga carácter negativo al Principio de la Plenitud. Enfoca el problema desde dos cuestionamientos ¿qué son las lagunas del derecho?, y ¿ cómo deben llenarse?; dando por sentada la solución del método analógico. El autor a estos casos los llama "correcciones"; y da el nombre de "lagunas auténticas" para señalar el caso que se produce cuando dentro de los límites expresados por la ley hay muchas posibilidades y la ley nada dice respecto de a cuál de ellas se refiere. En este caso el juez debe suplir esa laguna; y Donati; quien afirma que el principio de que "todo lo que no está prohibido está permitido" es una norma positiva que integra el ordenamiento jurídico en pie de igualdad con las otras normas; implica la obligación de "no hacer". Para este autor la plenitud jurídica es posible gracias a la integración de una pluralidad de normas; más la inferencia inductiva de esa otra norma implícita (el principio de la plenitud hermenéutica); que considera periférica, general y correlativa de todas las otras normas.

Kelsen5 sostiene que ", Tales lagunas no existen ... cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está

garantizada por el orden jurídico, pues este no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada...; también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no está obligado, puesto que impone a cada sujeto la obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que no está prohibido. Por consiguiente el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio"; desarrolla su argumento en torno al principio que "todo lo que no está prohibido está permitido ";lo que significa que todo sistema jurídico a través de esa fórmula adopta un Principio de Clausura

Tal como lo señala Castillo (2004).

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)

Al respecto Castillo (2004) sostiene:

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

- ***Identidad de la Razón***

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

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

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

Al respecto Castillo (2004) refiere:

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

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

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

B. La analogía bonampartem

La Constitución Política del Perú en su artículo 139 inc., 9 establece: "El principio de inaplicabilidad por analogía de la Ley Penal y de las normas que restringen derechos".

Asimismo, en el Artículo III del Título Preliminar del Código Penal (CP) se señala: "Que no está permitida la analogía 1. Para calificar el hecho como delito o falta; 2. Definir un estado de peligrosidad, o 3. Determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".

La interpretación que se hace de ambos dispositivos, según posición mayoritaria es que, lo que se encuentra prohibido es la "analogía in malampartem", es decir, aquella que perjudica al reo; mas no la "analogía in bonampartem", que constituye un instrumento jurídico favorable al reo.

La creación de delitos, así como la fundamentación de la pena, únicamente puede realizarse mediante una ley previa, escrita, estricta y cierta. En consecuencia, no es

admisible la "analogía in malampartem", como se puede apreciar en los siguientes casos:

1. El CP en su art. 409 considera que incurre en delito aquel testigo que falta a la verdad en causa judicial. Si faltase a la verdad en declaraciones ante la policía, tal conducta no encuadraría en el mencionado artículo, por más que se aprecie una similitud entre ambas situaciones. De lo contrario, estaríamos aplicando analogía in "malampartem." [nuevo código penal peruano].

La interpretación que se hace de ambos dispositivos, según posición mayoritaria es que, lo que se encuentra prohibido es la "analogía in malampartem", es decir, aquella que perjudica al reo; mas no la "analogía in bonampartem", que constituye un instrumento jurídico favorable al reo.

C. Fundamento de la analogía

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

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

D. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico

La palabra analogía significa “Relación de semejanza entre cosas distintas” y en concreto aplicado su uso al ámbito del derecho: “Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”. A continuación

vamos a profundizar en la definición de la analogía en el derecho y en concreto en el derecho penal español.

El **principio de legalidad** implica la prohibición de la analogía en el derecho penal, pero debemos analizarla más profundamente para saber cómo funciona esta afirmación. Podemos definir a la analogía de la siguiente forma: La analogía consiste en la aplicación de una norma a un supuesto que no está recogido en la ley o su espíritu, pero presenta semejanzas a los supuestos que dicha norma comprende.

De acuerdo a lo afirmado en el párrafo anterior, la analogía se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pero debemos observar cómo funciona en la práctica en cada caso, ya que podemos encontrar supuestos donde la analogía podría aplicarse en contra del **reo** o a favor del reo.

La analogía contraria al reo: En el supuesto donde la analogía se presenta como la aplicación de una norma contraria al reo, (in malam partem), el principio de legalidad la prohíbe claramente, por lo que es ilícito el calificar un delito o aplicar una pena mediante la analogía. Aunque su funcionamiento es claro en este caso, si es verdad que es posible encontrar casos donde se ha aplicado la misma.

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)

*La analogía consiste en la aplicación de una norma a un supuesto que no está recogido en la ley o su espíritu, pero presenta semejanzas a los supuestos que dicha norma comprende. De acuerdo a lo afirmado en el párrafo anterior, la analogía se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pero debemos observar cómo funciona en la práctica en cada caso, ya que podemos encontrar supuestos donde la analogía podría aplicarse en contra del **reo** o a favor del reo.*

E. La analogía en Derecho Penal

➤ Carácter de la prohibición de analogía:

La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139, inciso 9, Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación. Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos.

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

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

F. Analogía e integración en el derecho penal

La analogía.- Es aquel procedimiento de integración jurídica mediante la cual ante un hecho en particular que no tiene regulación se le aplica una ley que regula un caso semejante, debido a que entre ambos existe una misma identidad de razón. Aquello no se aplica en leyes que establezcan excepciones o restrinjan derechos. El uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del Derecho. Podemos distinguir dos clases resaltantes de analogía: la legis y la juri. Por la primera se toma una ley que regula un caso similar al que se plantea sin solución para luego establecer la identidad de razón, se podrá aplicar la Integración jurídica. Por la segunda se obtiene la nueva regla a partir de todo parte del Ordenamiento Jurídico extrayéndose por inducción la identidad de razón (ratio legis) a aplicar entre ambas. La identidad de razón es el punto de partida dentro de la analogía. Se entiende así a la razón de la ley (la ratio legis) que no es parte del texto de la norma sino una expresión de su sentido transliteral, el que precisamente proviene de los principios en ella incorporados. La analogía se funda en el principio; a igual razón igual Derecho, en el principio de igualdad (oregla formal de justicia) que prescribe que se debatan tratar por igual los casos semejantes(igualdad en los aspectos relevantes); por más que la analogía juri aplique principios estos son extraídos de leyes por lo tanto de hablan de principios positivos perteneciente al derecho escrito. Respetándose así su cualidad de auto integración. Mediante ella no se crea una nueva normasino se aplica la existente a otro caso por existir identidad de razón.

- Tiene que ser de carácter obligatorio.
- Las prácticas deben de ser practicadas por todos en general por los miembros.
- en general donde se vaya aplicar la costumbre en determinado caso.
- Las prácticas que constituyen costumbre deben ser públicas.
- Uniformidad de las prácticas o hechos constitutivos de la costumbre.
- Que los hechos constitutivos de costumbre sean reiterados.
- Que no vaya en contra de la ley.

Preceptos como vigentes y validos con conciencia de obligatoriedad. Para que la costumbre pueda ser considerada como norma jurídica tiene que cumplir con determinadas condiciones:

Las reglas generales del derecho.- Estas son normas que sin necesidad de estar escritas o contenidas en el ordenamiento jurídico se sobre entiende forman parte de él. Así por ejemplo el principio de dar a cada quien lo suyo, indica el comportamiento que el hombre ha de tener con otros a fin de convivir en una manera justa. Estas reglas o principios son utilizados por los jueces como ultima fuente a la cual acudir para la integración de leyes. Bibliografía Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica Jacobo Pérez Escobar Wikipedia Ordenamiento Jurídico UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Segundo Ciclo – Derecho Materia: Investigación Jurídica Profesor: Abg. Edison Patricio Rivas Rodríguez Alumno: José Sebastián Salgado Coto Tema: Lagunas de la ley.2012-11-12.

2.2.3.3.4.Principios generales

A. Conceptos

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

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

Por principios generales del derecho se entienden a las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación, es decir, los que dan sentido a las normas jurídicas legales o consuetudinarias existentes en la comunidad, los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares.

.

B. Funciones

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

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

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

➤ **Función interpretativa:**

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

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

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

2.2.3.3.5. Laguna de ley

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

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

- 1) **Cuando la ley calla en lo absoluto**, o sea, no existe ninguna regulación del caso concreto que debe ser solucionado
- 2) **Cuando hay disposición legal que trata el problema**, pero ella remite a consideraciones éticas o sociológicas, como son la buena fe, la equidad, el uso del tráfico, etc.
- 3) **Cuando existe una norma, pero ella resulta inaplicable**, por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquello o sospechado estas
- 4) **Cuando dos leyes se contradicen**, haciéndose recíprocamente ineficaces. (p. 608)

2.2.3.3.6. Argumentos de interpretación jurídica

Rubio Correa (2012) sostiene:

La integración jurídica es un capítulo de la teoría general del derecho dentro del cual se crean normas jurídicas antes inexistentes, mediante la aplicación del derecho.

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

Los argumentos de la interpretación jurídica, se denomina así al conjunto de razonamientos de índole jurídico que sirven para demostrar, justificar, persuadir o refutar alguna proposición que va encaminada a la obtención de un resultado favorable a favor del litigante y su cliente o para la resolución de un caso controvertido, en donde el juez elegirá, para sentenciar el caso debe buscar normas jurídicas y entre las normas jurídicas, buscar la norma y elegir entre las que lo sean, descartando las que trasgredan los principios.

A. Argumento a pari

Siguiendo al mismo autor:

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

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

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

levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

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

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

El argumento a pari se fundamenta en la equidad y en la igualdad ante la ley, así como se había mencionado anteriormente que, “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”, por tanto, aplicándose de esta manera la equidad en una situación de hecho.

B. Argumento ab minoris ad maius

El argumento *A maiori ad minus* “*El que puede lo más, puede lo menos*” se aplica a leyes positivas o permisivas, esto es, si la ley me otorga la titularidad sobre un bien inmueble que adquirí mediante contrato legal de compra venta, con *mayor razón* me permite el derecho de disposición del bien, por ejemplo, hipotecándolo; mientras que la forma *A minore ad maius* se predica de prescripciones negativas o leyes prohibitivas “*si está prohibido lo menos, está prohibido lo más*”, esto es, si la ley no me

permite la injuria hacia otra persona, con mayor razón no me permite agredirla físicamente.

El argumento A minore ad maius se refiere a de prescripciones negativas o leyes prohibitivas, es decir si está prohibido lo menos, está prohibido lo más, esto es, si la ley no me permite la injuria hacia otra persona, con mayor razón no me permite agredirla físicamente.

C. Argument ab maioris ad minus

El argumento A *maiori ad minus* “El que puede lo más, puede lo menos” se aplica a leyes positivas o permisivas, esto es, si la ley me otorga la titularidad sobre un bien inmueble que adquirí mediante contrato legal de compra venta, con *mayor razón* me permite el derecho de disposición del bien, por ejemplo, hipotecándolo; mientras que la forma A *minore ad maius* se predica de prescripciones negativas o leyes prohibitivas “si está prohibido lo menos, está prohibido lo más”, esto es, si la ley no me permite la injuria hacia otra persona, con *mayor razón* no me permite agredirla físicamente.

El argumento A maioris ad minus, significa que quien puede lo más puede lo menos, es decir que si un juez puede emitir autos entonces también puede emitir sentencias, o, también respecto a la titularidad sobre un bien mueble que adquiere mediante contrato de compra venta, con mayor razón podrá tener el derecho de disposición del bien e hipotecarlo.

D. Argumento a fortiori

Se llama así, a aquel argumento que establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, a que otro tiene mayores calidades para realizar tal acto o tomar tal decisión, también puede, o debe, hacerlo. Es un argumento de desquiparidad, porque el segundo sujeto tiene mayores aptitudes para realizar la acción o tomar la decisión. Es decir, establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, aquel otro que tiene mayores calidades para realizar tal acto o tomar tal decisión también puede, o debe, hacerlo; para

aplicarlo correctamente hay que utilizar la norma en su forma de supuesto-consecuencia cuando la tiene, expresa el mandato en términos de sujeto-verbo-complemento y fijarse en que los verbos sean siempre utilizados en voz activa para no perder la vista al sujeto que actúa. Por lo que debe ser utilizado restrictivamente y con un método que asegure su correcta aplicación. (p. 149)

Al respecto se dice que forma parte del analógico, se incluye el argumento a fortiori como tal dentro del razonamiento analógico: La idea general es que este argumento no es más que una modalidad del analógico ya que el resultado al que conducen ambos es el mismo, extender al caso estudiado una solución formal de la ley entendiendo que para este resultado vale tanto una razón igual (analógico) como superior (a fortiori).

E. Argumento a contrario

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas.

Dá el concepto de argumento a contrario sobre la base de la coincidencia de varios autores, al señalar que “el argumento a contrario se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella”. Las características del argumento a contrario nos las da este propio autor: a) el argumento a contrario es considerado un instrumento de la interpretación lingüística o literal, ya que la actividad interpretativa no se sale fuera del texto a interpretar, además de que supone un respeto de la letra que hace tener a ésta como única guía para la interpretación; b) el argumento a contrario sirve para motivar o proponer la denominada interpretación restrictiva, que es la que limita los significados posibles de un texto, de tal modo que no todos los sugeridos por la letra del documento o por otros datos extratextuales son adoptados; c) el argumento a contrario impone como condición para su utilización el silencio de la ley, por lo que hay que distinguir, para poder utilizar este argumento, dos hipótesis distintas: la expresamente regulada por el legislador y la otra segunda no mencionada.

Por medio del argumento a contrario se entiende que el legislador no ha querido extender esa regulación a la hipótesis no expresamente recogida en el texto; y d) el argumento a contrario se basa como muchos otros en la presunta voluntad del legislador

pretendiendo dedicar la voluntad del legislador a partir de sus palabras. A partir de lo redactado por el legislador para una especie concreta, se deduce que su voluntad ha sido excluir de esa regulación otra serie de supuestos del mismo género que prima facie hubieran podido considerarse allí incluidos. *Emma Meza Fonseca, SUMARIO: I. Introducción. II. Argumentación jurídica. III. La decisión judicial. Conclusiones. Referencias: Argumentación e interpretación jurídica*

2.2.3.4. Argumentación jurídica

2.2.3.4.1. Concepto

Bergalli (citado por Meza, s.f.) señala que la argumentación jurídica “es aquel tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho y en los cuales sea necesario convencer”. (pp. 91-92)

La argumentación jurídica, es la más importantes dentro de la práctica jurídica debido a que sin ella no sería lógico y mucho menos posible llevar a cabo una defensa adecuada por parte de los abogados y emitir una adecuada sentencia por parte de los juzgadores.

2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación

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

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

- 1) Respecto a la primera menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.
- 2) De las razones irrelevantes; cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar ad ignorantiam, en apelar al pueblo, etc.

3) Las falacias debidas a razones defectuosas; se presenta cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica, sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.

4) Las falacias debidas a suposiciones no garantizadas; se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.

5) Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división). (Atienza, citado por Meza, s.f., p. 107)

2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes

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

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

A. Premisas

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

➤ Premisa mayor:

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

➤ **Premisa menor:**

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

B. Inferencia

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

➤ **En cascada:**

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

➤ **En paralelo:**

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

➤ **Dual:**

En algunos casos las resoluciones proponen varias consecuencias en un mismo cuerpo resolutivo; una derivada y, por tanto, en secuencia, y otras complementarias, es decir, en paralelo. Por ello podemos afirmar que nos encontramos en un caso de dualidad de tipo

conclusivo. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia casatoria que resuelve fundado el recuso y nula la sentencia de vista y, además, ordena que el órgano jurisdiccional emita nuevo pronunciamiento con arreglo a ley. (Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC. Ley 26435. Citado por Gaceta Jurídica, 2004, p. 218)

Es aquella en donde obra varios contenidos o hechos en una sola resolución como por ejemplo en una resolución puede contener hechos de robo como también violación sexual son dos hechos en una misma resolución, el cual será sentenciado por robo y también por violación sexual.

C. Conclusión

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

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

➤ **Conclusión única:**

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

➤ **Conclusión múltiple:**

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

- ✓ **Conclusión principal**, es la consecuencia más relevante que se obtiene en una inferencia. Es el caso de la conclusión de infundado o fundado el petitorio de la demanda.
- ✓ **Conclusión simultánea**, si la proposición principal se encuentra acompañada de otra, porque se ha empleado una inferencia paralela o dual, según el caso, entonces, esta segunda premisa, cuya relevancia es de segundo grado, sin que para obtenerla se haya tenido que dar otra diferente que aquella que produjo la conclusión principal, se denomina conclusión simultánea.
- ✓ **Conclusión complementaria**, si en la argumentación se ha empleado una inferencia en cascada o dual, tendremos que de la conclusión principal se desprende una conclusión en secuencia, que se complementa con la principal, con las simultáneas o con ambas, según el caso. (p. 221)

La conclusión múltiple es aquella en la cual tiene dos o más conclusiones en una sola resolución; es decir que en una sola resolución se puede pronunciar por dos más delitos.

2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto

Éstos se dividen en:

A. Principios

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

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

- **Principio de Coherencia Normativa:** El derecho debe buscar que sus diferentes normas sean coherentes y armónicas entre sí. Como indica la sentencia citada, dos son los elementos:
 - La coherencia normativa, que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí.

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

Esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, ya que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones coactivas.

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

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

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

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

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

Por lo que respecta al principio de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio, el Tribunal Constitucional considera que no resultan afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del principio iuranovit curia en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de agosto de 2003 en el exp_0905_2001_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando Moncada).

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

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

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

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

➤ **Principio de Corrección Funcional:**

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

➤ **Principio de Culpabilidad:**

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

El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2 del decreto ley 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena solo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, según el cual “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero de 2003 en el exp_0010_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los decretos leyes 25475,25659,25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas).

➤ **Principio de Defensa:**

El principio de defensa es, a la vez, el derecho de defensa establecido por la Constitución en el artículo 139 inciso 14 y forma parte del principio del debido proceso. En la versión literal de la Constitución, la defensa es un derecho (y un principio, como dice la parte inicial del inciso citado) que consiste en que las personas pueden solicitar la presencia de su defensor en todas las etapas del proceso, es decir, desde el inicio hasta su conclusión. Al mismo tiempo, da el derecho a tener un defensor desde que se es detenido o citado por cualquier autoridad, de tal manera que no hay una referencia exclusiva a los procesos judiciales: cualquier autoridad incluye a la Policía nacional del Perú, pero también al Ministerio Público y a cualquier otra autoridad administrativa.

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

Es identificado por el Tribunal Constitucional en el artículo 1 de la Constitución. Sobre este dispositivo, el Tribunal ha dicho lo siguiente:

14. [...] se encuentra consagrada en el artículo 1 del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de noviembre de 2003 en el exp_0008_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del decreto de urgencia 140-2001).

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

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

El principio de eficacia integradora siempre busca la coherencia interpretativa, no solo de la ley en cuanto tal sino también de la Constitución y la ley en relación con la sociedad en cuyas actividades están participando las personas. Es, por tanto, un

principio metodológico referido a la forma de hacer la interpretación: es preciso concordar las normas que contienen principios y reglas similares, así como todas ellas con la realidad, y con las atribuciones de los órganos del Estado, para integrar de la mejor manera su significado interpretativo, y aplicarlo a las conductas y al cumplimiento de las competencias públicas.

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

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

➤ **Principio de Igualdad:**

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

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

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

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37 y siguientes del decreto legislativo 560 Ley del Poder Ejecutivo, además de lo dispuesto por otras leyes.

➤ **Principio de Jurisdiccionalidad:**

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

➤ **Principio de la Cosa Juzgada:**

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

➤ **Principio de la Tutela Jurisdiccional:**

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

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

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

➤ **Principio de Presunción de Inocencia:**

Marinda Marleny Castillo Parisuaña: Consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva.

La presunción de inocencia se ha considerado como uno de los pilares del ordenamiento jurídico de todo estado democrático, al establecer la responsabilidad penal del individuo, únicamente cuando esté debidamente acreditada su culpabilidad.

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

Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

[...]

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

[...]

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

➤ **Principios de razonabilidad y proporcionalidad:**

Ambos principios fueron establecidos expresamente en la parte final del artículo 200 de la Constitución, a propósito de la no suspensión del hábeas corpus y del amparo en periodos de estado de excepción.

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

9. El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.

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

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

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

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

➤ **Principio de Tipicidad:**

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

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

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

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

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

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

➤ **Principio del Debido Proceso:**

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

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

El concepto de Estado social y democrático de Derecho es consustancial a la teoría contemporánea del Estado y tiene un extremo desarrollado en ella. El Estado social y

democrático no es una cosa que existe, por el contrario, está en continuo hacerse: solo existe si en cada circunstancia funciona como tal.

➤ **Principio Non Bis In Idem:**

Si bien no consta expresamente en la Constitución, aunque sí en las normas procesales con rango de ley.

Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (non bis in ídem), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de abril de 2003 en el exp_0729_2003-HC_TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por Marcela Ximena Gonzales Astudillo contra la Corte Superior de Justicia de Lima y la Corte Suprema de Justicia de la Republica)

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

B. Reglas

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

C. Cuestión de principios

El principio general de non bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Sobre este principio se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional al manifestar,

que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración relación de funcionario, servicio público, concesionaria, etc.- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración?.

También este Tribunal tiene declarado que el principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también al resultado de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Dándose aquí una aplicación de la institución jurídica de cosa juzgada, que según este Tribunal, despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y un efecto negativo que determine la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema?

Así tenemos que; El Tribunal Supremo² en su sentencia de 25 de marzo de 2004, desestima el caso donde el recurrente ante la mera denuncia procede voluntariamente a realizar el pago de la multa administrativa sabiendo que existe un proceso penal por los mismos hechos, considerando el Alto Tribunal *que una aplicación a ultranza del principio non bis in idem llevaría, en estos supuestos, a dejar en manos de la voluntad del infractor eludir la vía penal con sólo admitir y someterse a la sanción administrativa, lo cual cree ?TS- no debe de ser admisible pues, utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal es una alteración de la funcionalidad del principio non bis in idem que no puede ser atendible, y, en definitiva, entraña un fraude de aquellos preceptos constitucionales y legales que establecen la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la Administración sancionadora.*

Sigue declarando el Alto Tribunal que para conjugar estos intereses se debe de seguir la pauta apuntada en la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 de 16 de enero según la cual procede subsanarlo, dando así satisfacción a dicho principio non bis in idem, aplicando en ejecución de sentencia el descuento sobre la pena, que con toda corrección le impone la sentencia , de aquellas cantidades que acredite haber satisfecho por este motivo a la administración , y ordenando se libre testimonio de la resolución a la

administración al objeto de que deje sin efecto cualquier anotación o consecuencia posterior que puede tener el expediente. Así se impide el exceso punitivo y no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal.

2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos

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

los Argumentos es el enunciado por medio del cual se presenta y justifica una interpretación escogida por el intérprete.

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

A. Argumento a sedes materiae

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

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

capítulo o sección. Por lo que este tipo de argumento requiere el complemento de otros argumentos.

B. Argumento a rúbrica

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

C. Argumento de la coherencia

Sirve para descartar interpretaciones que hagan incompatible a un enunciado con otras normas del sistema y correlativamente, para optar dentro de las interpretaciones posibles, por aquella que sea más coherente con el resto del ordenamiento jurídico. Por lo que no propone significados, sino que sirve para eliminar significados y elegir el más acorde con el sistema.

D. Argumento teleológico

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

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

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

interpretaciones y, justificar cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado.

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

El argumento teleológico justifica la elección de aquella interpretación, de las posibles, que provoque una aplicación de la norma interpretada en la que el fin de la norma se cumpla mejor o en mayor medida que en las otras interpretaciones posibles.

E. Argumento histórico

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

La argumentación histórica es la adaptación de leyes a variaciones históricas de la sociedad, se indaga no la voluntad del legislador sino la evolución jurídica desde una óptica histórica para armonizarla con la evolución social.

F. Argumento psicológico

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

Es aquel por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con el emisor o autor de la misma, del redactor.

G. Argumento apagógico

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

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

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

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

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

aquel argumento que permite rechazar una interpretación de un documento normativo, de entre las teóricamente posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce.

H. Argumento de autoridad

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

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

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

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

el argumento de autoridad, se usa constantemente en la actividad jurisdiccional recurriendo a la jurisprudencia la doctrina efectos de establecer el significado de una categoría, principios o cualquier otra decisión jurídica, a efectos de poder aplicar correctamente el rango o la jerarquía normativa.

I. Argumento analógico

El argumento analógico, a pari, o a simili justifica atribuir una consecuencia jurídica prevista para un determinado supuesto de hecho, a otro supuesto de hecho no

contemplado en la norma y no regulado en otra, pero que guarda con el supuesto de hecho regulado una semejanza esencial.

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

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

Las analogías buscan la comparación lógica que pueda existir entre dos conceptos; existen varios tipos de analogías y que puedan ser de sinónimos, antónimos, elemento, conjunto, genero, especie, causa-efecto, acción, entre otras. Por ejemplo, la leche es a vaca, lana es a oveja, hambre es a comida como sed es a bebida.

J. Argumento a fortiori

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

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

Al razonar por analogía con un argumento a pari, nos fijamos únicamente en la existencia de una semejanza dando por supuesto que es del mismo grado en ambos casos. No sólo decimos, por ejemplo: ambas son inteligentes, sino: tan inteligente es la una como la otra. Basados en ello argüimos que lo válido en el primer caso debe serlo en el segundo por la misma razón.

Los elementos del argumento a fortiori son los siguientes:

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

Características del Argumento a fortiori:

- a) En principio como se desprende de (i) y (ii) este argumento es aplicable frente al silencio del legislador respecto de la solución que debe dársele al supuesto no regulado.
- b) Según se infiere de (iii), el argumento a fortiori se basa en un juicio comparativo de merecimiento, en donde la consecuencia jurídica prevista en la disposición legal se aplica al supuesto no regulado por merecerlo con mayor razón que el regulado.
- c) El núcleo del argumento a fortiori es esa mayor razón, para cuyo efecto resultará indispensable la identificación de la ratio legis de la disposición a interpretar.
- d) El elemento (iv) denota que el argumento a fortiori es un mecanismo de interpretación extensiva.

K. Argumento a partir de principios

En la doctrina y en la legislación se reconoce que los principios cumplen dos funciones esenciales: interpretativa, según la cual las reglas deben interpretarse a la luz de los principios que las fundamentan; e integradora, en el sentido que ante el vacío o deficiencia de la ley, se deben recurrir a los principios que rijan en determinada área del Derecho para resolver el caso.

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

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

El argumento a partir de principios significa realizar una interpretación tomando como base un principio jurídico, que puede obtenerse de un artículo de la Constitución que se considera que posee un carácter fundamental.

L. Argumento económico

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

*Se basa en la creencia de que el legislador es **económico** y racional, la directiva interpretativa dice que entre dos o más significados posibles de un enunciado, hay que rechazar aquel que suponga una mera repetición de lo establecido por otra disposición.*

2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica

A. Necesidad de Justificación en el Derecho

Gascón & García (2003) indican:

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

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

B. Argumentación que estudia la TAJ

Al respecto Manuel Atienza-Las Razones del Derecho-teoría de la argumentación jurídica sostiene:

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

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

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

C. Teorías de la Argumentación Jurídica

Al respecto Manuel Atienza-Las Razones del Derecho-teoría de la argumentación jurídica sostiene

La Teoría o las Teorías de la Argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos, en principio pueden distinguirse, tres distintos campos de lo jurídico en que se en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa.

Las primeras se afectan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución total o parcial se piensa que puede ser la adopción de una medida legislativa.

Ejemplo de una de ellas es la que se discuten la despenalización o no del aborto entre otras.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares. Aquí, a su vez, cabría distinguir entre argumentaciones en relación con problemas concernientes a los hechos, o bien al derecho (estos últimos, en sentido amplio, podrían llamarse problemas de interpretación). Puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones —los casos difíciles— relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia. Ahora bien, la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica. Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones. Dichos procesos de argumentación no son muy distintos de los que efectúan los órganos aplicadores, puesto que de lo que se trata es de suministrar a esos órganos criterios —argumentos— dirigidos a facilitarles —en sentido amplio— la toma de una decisión jurídica consistente en aplicar una norma a un caso. La diferencia que, no obstante, existe entre ambos procesos de argumentación podría sintetizarse así: mientras que los órganos aplicadores tienen que resolver casos concretos (por ejemplo, si se les debe o no alimentar por la fuerza a los presos en huelga de hambre para obtener determinados cambios en su situación penitenciaria),¹ el dogmático del derecho se ocupa de casos abstractos (por ejemplo, el de determinar cuáles son los límites entre el derecho y la vida y el derecho a la libertad personal, y cuál de los derechos debe prevalecer en caso de que entren en conflicto). Con todo,

parece claro que la distinción no puede efectuarse siempre —o, quizás, casi nunca— en forma muy tajante. Por un lado, porque el práctico necesita recurrir a criterios suministrados por la dogmática, al menos cuando se enfrenta con casos difíciles (por ejemplo, para adoptar una decisión fundamentada sobre la primera cuestión antes planteada, habría que contestar a la segunda con carácter previo), al tiempo que la dogmática se apoya también en casos concretos.

D. La utilidad de la TAJ

Bachillerato a distancia CDF- México publicado el 26 de enero del año 2010.

En el presente texto quiero mostrar cuál es la utilidad y la importancia de argumentar no sólo para nuestras actividades académicas sino también para la vida cotidiana. Antes que nada es necesario definir qué es la argumentación de la forma más clara y precisa posible, argumentar es dar razones a favor de una idea. Dice Anthony Weston en un extraordinario libro que les recomiendo que se llama *Las claves de la argumentación* que “algunas personas piensan que argumentar es simplemente exponer sus prejuicios bajo una nueva forma”, cito esto precisamente porque argumentar correctamente implica no hacerlo a través de prejuicios, al contrario, una buena argumentación implica dar razones que apoyen una conclusión y un prejuicio nunca podrá ser una buena razón. Si bien algunas conclusiones pueden apoyarse en buenas razones, habrá otras que se apoyen en razones mucho más débiles; pero ¿qué es una buena razón? Una buena razón es relevante, es decir que tiene que ver directamente con el tema que se busca defender o bien defender. Una buena razón nos convence porque es racionalmente aceptable.

En este punto es importante mencionar que hay argumentos que siendo incorrectos son psicológicamente persuasivos, de los cuales habrá que cuidarse porque nos pueden engañar, esto argumentos se denominan falacias. Una buena estrategia para distinguir un argumento falaz de un buen argumento sería que un buen argumento ofrece razones de tal forma que nosotros podamos formarnos una opinión propia, que podamos tomar postura frente a algún tema, mientras que la falacia busca persuadirnos a fin de que pensemos como la falacia misma lo indica, es decir que busca persuadirnos de que pensemos igual.

2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial

A. Carácter discrecional de Interpretación

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. 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. Las principales dudas o problemas interpretativos que pueden presentarse se ligan a los tres contextos en los que el texto legal se inserta: (a) contexto lingüístico, pues, por cuanto manifestación del lenguaje natural, el texto ha de ser interpretado según las reglas de ese lenguaje; (b) contexto sistémico, ya que los textos jurídicos se insertan en sistemas legales más amplios, de manera que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta sus relaciones con el resto de los elementos del sistema; y (c) contexto funcional, pues la ley tiene una relación con la sociedad (con la ley se pretende lograr algún efecto social), de manera que cuando se la interpreta ha de valorarse si cumple la función o los fines para los que ha sido creada. (*LA ACTIVIDAD JUDICIAL: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS - Marina Gascón Abellán*)

B. Teoría Objetiva y Subjetiva de la Interpretación

Teoría objetiva: Estudia el conjunto de relaciones económico sociales de producción, distribución, intercambio y consumo.

Características: Estudia las relaciones económico-sociales

- Tiene como base el Materialismo dialéctico
- Es histórica. Explica cómo surge y se manifiesta el valor en la sociedad primitiva hasta su manifestación en la sociedad capitalista actual.
- Es objetiva. No depende de criterios individuales, sino que tiene que contrastarse con la realidad económica.

- Es social. Lo importante es el valor social no el que le valor que cada persona le da al bien.
- Base económica: Mercancía para intercambio.

Ejemplo:

Al intercambiar una mercancía (producto/dinero) se toma en cuenta los componentes que determinan el producto o servicio tales como: el trabajo realizado, los insumos.

Teoría subjetiva:

Ciencia de la escasez y la elección con visión subjetiva del valor.

Características:

Estudia el sujeto: homo-economicus.

- Tiene como fundamento el idealismo y parte de que el individuo, en forma subjetiva, toma decisiones para obtener el máximo de satisfacción por medio de la obtención de los bienes necesitados.
- Necesidad: sentimiento de falta, de insuficiencia.
- Base económica: Bienes que satisfacen necesidades.

Ejemplo: podría ser, el simple hecho de comprar un producto que satisfaga la misma necesidad de otro pero que la causa de la compra tenga que ver un valor emocional y por tanto elijamos aquel que nos haga sentir dentro de algún grupo social, o sea comprar un producto por status y no por mera necesidad. (Fuente: Méndez J. Silvestre, Fundamentos de Economía). Publicado 27th January 2012 por [Alexia Rosas](#)

respecto a la interpretación subjetiva con ello se busca interpretar la idea del legislador que tuvo en su momento la misma que debe ser tomada en cuenta de acuerdo al tiempo, en cambio la teórica objetiva forma parte de nuestra cultura interpretándolo de acuerdo al tiempo lugar y espacio.

2.2.4. Derecho a la debida motivación

2.2.4.1. Importancia a la debida motivación

Luis Miguel León Luna: refiere lo siguiente:

En el presente artículo, el autor destaca la importancia del principio-derecho a la debida motivación en el marco de los procedimientos administrativos. En esa línea, afirma que todas las entidades públicas están obligadas a expedir actos

administrativos debidamente fundamentados, pues este constituye un requisito de validez que, de ser inobservado, acarrea la nulidad del acto. Pero más allá de validar al acto administrativo, el autor sostiene que el principal beneficio de que se cumpla con la debida motivación radica en la mejora de la interacción entre los administrados y la Administración Pública, generando mayor confianza en la actividad estatal y propiciando el desarrollo de actividades económicas con cada vez mayores niveles de formalidad.

Por otro lado, 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.

la motivación es importante en las autos y sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional ya que con ello se logra el convencimiento a las personas que forman parte en un proceso, debiendo utilizarse un lenguaje claro y sencillo para que la gente de apie lo entienda sin hacer ningún esfuerzo.

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

Introducimos en la compleja realidad del razonamiento de los jueces, exige una revisión previa de las bases conceptuales del razonamiento lógico, también denominado razonamiento jurídico. La razón es puntual: no podemos construir con idoneidad argumentos constitucionales si antes no tenemos una visión del concepto sistémico de ordenamiento jurídico, de los contextos de descubrimiento y justificación respecto a las decisiones, y de la justificación interna y externa.

La disciplina del razonamiento jurídico, más comúnmente denominada Argumentación Jurídica en el ámbito académico comparado, traduce una inquietud fundamental en cuanto a la labor de jueces y fiscales: que la construcción de decisiones vaya siempre acompañada de: 1) los estándares de la lógica y 2) la adecuada justificación de argumentos.

La lógica en el razonamiento judicial resulta mucho más importante que su presentación teórica de *modus ponens* y *modus tollens*, como se le conoce en el ámbito científico, y en realidad, trasunta una importancia mayúscula: la necesidad de que las decisiones judiciales sigan una secuencia de congruencia entre la premisa mayor, la premisa menor

y la conclusión. Ésta última, asumimos con veracidad, no puede contradecir a los razonamientos de las premisas mayor y menor; y a su vez, la congruencia de análisis de la premisa menor- usualmente una cuestión fáctica- no puede ser manifiestamente opuesta a la premisa mayor pues solo en caso de adecuación de las circunstancias de hecho- premisa menor- a las condiciones normativas de la regla- premisa mayor- se podrá identificar una secuencia que permita una conclusión valedera.

En la idea propuesta, si el artículo 106 del Código Penal determina la pena de homicidio- premisa mayor- y Juan matara a Pedro- premisa menor- se dan las condiciones adecuadas para aplicarle una pena a Juan, en razón del homicidio de Pedro.

El razonamiento antes señalado se presenta en apariencia bastante simple y sería objetable, sin embargo, que muchos de los casos judiciales no son tan sencillos, pues concurre un sinnúmero de circunstancias, tanto atenuantes como agravantes, que el juez debe valorar, y a pesar de ello, sí se configura una cuestión relevante: el razonamiento de las premisas puede llevar valederamente a una conclusión, y he ahí el valor de la lógica para la disciplina del Derecho en general, esto es, que exista una congruencia procedimental de conclusiones valederas.

Y no obstante lo afirmado, en el mismo caso anterior, ¿qué sucedería si una de las premisas formales en ese ejercicio lógico fuera falsa? Pues obviamente ya no habría una conclusión válida. Podría darse, por ejemplo, que la norma se hubiere derogado, o que bien Juan hubiere efectivamente matado a Pedro pero en legítima defensa. Si esto último hubiera sucedido, sería falso hablar de un homicidio en sentido lato como lo señala el artículo 106 del Código Penal, de lo cual procedería inferir que la premisa fáctica antedicha es falsa. En estos casos, ya no podemos sostener la validez del razonamiento y en rigor, la lógica ya no garantiza la solidez del razonamiento jurídico.

Para reforzar la idea, ¿qué sucedería si nuestra premisa principal dijera: “*Todos los jueces de esta localidad son abogados estudiosos, tenaces y dedicados*”, nuestra premisa menor: “*Juan es juez*” y nuestra conclusión “*Juan es un juez estudioso, tenaz y dedicado*”? Probablemente seguiríamos un esquema subsuntivo y afirmaríamos que efectivamente Juan reúne esas condiciones. Sin embargo, ¿qué sucede si verificada una contrastación real, Juan realmente fuera un juez poco diligente? En tal caso, ya no sería cierta la premisa mayor.

Debemos concluir, entonces, que la lógica solo nos garantiza la validez formal de las premisas,^[1] es decir, sus asertos, pero no garantiza la verdad material de las mismas. Entonces, esta afirmación, llevada al plano constitucional, nos exigiría cerciorarnos de que las premisas sean realmente verdaderas y esa tarea ya no es tan sencilla y escapa muchas veces a los márgenes de certeza de la lógica, la cual solo nos informa una verdad formal, basada únicamente en el sentido de afirmación, no de constatación, de las premisas.

Pues bien, a ello apunta, desde un punto de vista general, el razonamiento jurídico, a que exista una adecuada secuencia de la construcción del razonamiento judicial, y este aspecto nos conduce a una segunda cuestión, ya antes reseñada, cual es la adecuada justificación de las decisiones judiciales, la cual se expresa a través de argumentos. (*Edwin Figuroa Gutarra Doctor en Derecho - Publicado en JURÍDICA 552, El Peruano, 26 de mayo de 2015*) [1] Vid ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. Las razones del derecho. *Palestra Editores. 2da edición. Lima, 2004. p. 53.*

2.2.5. Derechos fundamentales

2.2.5.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales

Uno de los principios fundamentales de la función jurisdiccional consagrado por nuestra Constitución, es la motivación escrita de las resoluciones judiciales, con la obligación expresa de hacer mención a la ley aplicable y a los fundamentos de hecho en que se sustenta. Con ello se busca garantizar que el juzgador, al momento de resolver un conflicto, lo haga conforme a Derecho y no en base a la arbitrariedad.

Señala el profesor Ghirardi que el tema del razonamiento judicial puede ser considerado, cuando menos, desde dos puntos de vista: a) haciendo hincapié en el aspecto sustancial por el que el juez trata de determinar o fijar las premisas para justificar su decisión final o conclusión; b) poniendo el acento sobre el aspecto exclusivamente formal, esto es, examinando su corrección lógica. Como manifiesta explícitamente el autor, este libro se inscribe dentro de la segunda opción.

Por otro lado conllevan a una reflexión sobre el razonamiento judicial del papel más invasivo de los derechos fundamentales en las formas y modos de jurisdicción, en el

sentido que los principales rasgos distintivos del llamado Estado Constitucional de Derecho está en relación y en razón de los derechos fundamentales condicionando las formas y los modos de razonamiento en los que encuentra expresión la aplicación judicial del Derecho.

2.2.5.2. Conceptos

Son aquellos que hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir, son los derechos humanos. El concepto apareció en Francia en 1770, en el movimiento político que condujo a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Su construcción teórica tiene mucho que ver jellinek y su famosa teoría de los estados y los derechos políticos subjetivos.

2.2.5.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

Según el autor Mazzaresse (2010) sostiene:

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

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

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

2.2.5.4.Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho

L. Iván Díaz García:

Los derechos fundamentales constituyen un elemento imprescindible en la configuración y comprensión del conjunto del sistema normativo. Esto es especialmente válido para el Derecho penal y, en lo que aquí interesa, singularmente en el ámbito procesal. En efecto, el esclarecimiento del hecho y la participación debe realizarse en coherencia o, al menos, sin contravenir los derechos fundamentales. En este sentido, los derechos fundamentales generan un marco de posibilidades a la actuación de la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, ese marco difiere significativamente de la perspectiva doctrinaria prevaleciente. Esta perspectiva, que se construye sobre la base de la contradicción, debe ser reemplazada por el criterio de la distinción, que es el sugerido al inicio de esta Introducción. La exposición de ese criterio recomienda enfrentar previamente un par de problemas. El primero de ellos consiste en definir qué significa afirmar que el hecho que va a ser jurídicamente calificado ha acaecido y que determinada persona ha incurrido en el mismo (problema metalingüístico). La respuesta a esta pregunta, a la que se dedica el Capítulo I, se construirá a partir de los aportes del filósofo Rescher. El segundo problema consiste en precisar cómo se determina si ha acaecido el hecho que va a ser calificado jurídicamente y que determinada persona participó en él (problema epistemológico). A su tratamiento se dedicará el Capítulo II, utilizándose al efecto los aportes del profesor De Asís. A partir de esas definiciones, en el Capítulo III se expone el criterio propuesto por este trabajo para una mejor aplicación del Derecho penal material en lo referido al juicio de hecho y se muestra el modo en que operaría respecto de algunos derechos fundamentales.

2.2.5.5.Derechos fundamentales y razonamiento judicial

Son al menos dos las razones que estimulan una reflexión sobre el razonamiento judicial que tenga en cuenta y que dé cuenta del papel cada vez más invasivo de los derechos fundamentales en las formas y en los modos de la jurisdicción.

Una primera razón es la cada vez mayor atención del legislador (supra)nacional a la definición y articulación de procedimientos judiciales caracterizados por la tutela y la garantía de los derechos fundamentales de las partes de una controversia, pero también

de quien debe decidir la controversia, y, no en último lugar, de la colectividad misma en su totalidad (la obligatoriedad de la acción penal, por ejemplo, es, sí, tutela de la imparcialidad y de la independencia de quien juzga, pero también, en relación con la colectividad en su totalidad, una de las formas de realización del principio de igualdad).

Atención, ésta del legislador (supra)nacional, para una cada vez más plena realización de un “justo proceso” que encuentra expresión en mecanismos jurídicos que, sin embargo, no siempre ni necesariamente coinciden o concuerdan con criterios, valorativos y objetivos, de matriz lógica y/o epistemológica. Esta atención, dirigida a una cada vez más plena realización de un “justo proceso”, encuentra expresión en una jerarquía de valores en la cual la tutela de los derechos fundamentales puede ser preeminente respecto a la búsqueda de la verdad en la reconstrucción de aquello sobre lo que versa la controversia, del mismo modo que puede ser dirimente en la selección de la interpretación del derecho a aplicar para su resolución.

2.2.5.5.1. Dificultades epistemológicas

Este artículo muestra una variedad de posibles soluciones ante las dificultades que los científicos sociales pueden encontrarse en la investigación cuantitativa con poblaciones elusivas. Estas dificultades son de dos tipos: epistemológicas y técnicas. Desde el punto de vista epistemológico, se subraya la necesidad de adaptación de la investigación a las características de la población objeto de estudio, pues la elusividad de la población no puede considerarse un obstáculo insalvable. Esta flexibilidad se muestra más constructiva, en términos de consecución de objetivos de investigación, que un posicionamiento más rígido o tradicional, más apegado a modelos preestablecidos. Desde el punto de vista técnico, se muestran las soluciones ante cada dificultad encontrada en el curso de un estudio de caso: la población turístico-residencial del destino Costa Blanca en el Levante español. Estas soluciones se demuestran, finalmente, como adecuadas, al contrastar los resultados con encuestas oficiales tipo panel realizadas de forma tradicional en origen. *(José Andrés Domínguez, Antonio Aledo, Bernat Roig Merino) revista N°37 del año 2016.*

2.2.5.5.2. Dificultades lógicas

STAMPE, EHRLICH Y otros. haciendo mención en la Academia de la Magistratura - Lógica Jurídica.

Por cierto, que, según esta escuela, el juez debe decidir, ante todo, de acuerdo con el texto claro de la ley. "El juez puede y debe prescindir del texto, en primer lugar, cuando la ley no parezca ofrecerle una decisión libre de dudas; en segundo lugar, cuando no resulte verosímil, según su convicción libre y concienzudamente formada, que el poder estatal existente en el momento de resolver hubiera decidido tal como lo exige la ley. En ambos casos, el juez debe resolver de la manera como, según su convicción, el actual poder del Estado hubiera decidido si el caso concreto se hubiera encontrado pendiente de resolución ante él. Si no puede formarse convicción al respecto, el juez debe decidir de acuerdo con el derecho libre. Finalmente, en casos desesperados, enmarañados, y que son dudosos sólo desde el punto de vista cuantitativo, como la indemnización por daño moral, el juez puede -y debe- decidir a su arbitrio. Pero si se trata de un proceso civil las partes han de quedar siempre en libertad de poder desligar al juez, de común acuerdo, de la obligación de observar una norma jurídica cualquiera".

Lo mismo resulta aplicable al otro caso, el del juez que no logra formarse convicción sobre cómo habría de actuar presumiblemente el poder estatal. Pues, cuando se dice que en tal caso el juez debe decidir de acuerdo con el "derecho libre", en modo alguno se quiere decir con esto que el juez podría resolver, por ejemplo, al azar. Esa 29 doctrina dice, en cambio, que el juez ha de inferir normas jurídicas a partir de principios teleológicos cualesquiera, a menudo establecidos de manera ingenua. En ningún caso puede proceder lógicamente" y en forma contradictoria.

Según esto, parecería que a lo sumo sólo pueden plantearse dificultades en el último caso a que se refiere el movimiento del derecho libre, aquel caso donde, en determinadas hipótesis, la decisión queda librada completamente al arbitrio. Este postulado, si se lo toma literalmente, exige en realidad dejar de lado la lógica, ya que la arbitrariedad representa lo opuesto a la legalidad. Pero cuando se lo analiza con mayor atención resulta evidente que no es eso lo que se quiere decir. La teoría piensa que no se trata de una operación sencilla, sino de una decisión que hay que tomar de acuerdo con principios, ya que, desde luego, tampoco en este caso se admitirá que quien decide pueda dictar fallos contradictorios. Él ha de proceder en forma "meditada". Pero si se toman decisiones conforme a principios, resulta entonces aplicable lo que ya se ha dicho, con respecto a otros casos, sobre la imprescindibilidad de la lógica. Así, pues, el carácter indispensable de la lógica no resulta en manera alguna menoscabado por las teorías de la Escuela del Derecho Libre. Lo que se produce es solamente un desplazamiento de las premisas que se han de adoptar como punto de partida.

2.2.5.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio

2.2.5.6.1. Se ha vulnerado el derecho fundamental que procure reducir o evitar la re victimización con motivo del proceso.

El abuso hace referencia a toda conducta hostil, rechazante, amenazante o destructiva que perjudica el bienestar físico, mental, emocional, o sexual de una persona. Se trata, pues, del ejercicio desmedido e inconveniente del poder del uno sobre el otro. Si la persona destinataria del abuso es un menor, el tema reviste de mayor gravedad y debemos de ponerle más cuidado.

El artículo 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece la obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. La norma hace referencia a la esfera pasiva como a la activa, esta última significa la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población. Pero incluye también un régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, ese Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad.

El interés superior de los y las menores: al respecto el artículo quinto de la precitada ley nos habla del "interés superior" de los menores y esto es que toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. Lo anterior abarca su condición de sujeto de derechos y responsabilidades, la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condición es personales. Así como las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve y la correspondencia entre el interés individual y el social. Es, pues, parte de las políticas integrales de nuestro sistema jurídico.

El Abuso Sexual, es una de las esferas que más secuelas deja. Abarca desde sólo molestar hasta el incesto, violación y encuentros con personas exhibicionistas, las cuales se les muestran sexualmente a los niños, muchas veces sin tocarlos, es decir, atacando la madurez y la mente del sujeto pasivo. Esta forma de abuso puede ser por medio de caricias inadecuadas, exponer a los niños con el objeto de obtener material para películas pornográficas, obligar a pedir a un niño o una niña a tener contacto sexual

oral, vaginal o anal, logrando de esta manera su explotación. Es común observar actividad sexual violenta entre miembros de la misma familia.

Revictimización: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acompañó el trámite de un proyecto de ley que aprobó, en días pasados, la modificación del Código de Procedimiento Penal, para que los niños que han sido víctimas del abuso sexual sean entrevistados por una sola vez con un equipo especializado. Esto con el fin de evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes víctimas de ese delito.

En este sentido, la directora encargada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Adriana González Maxcyclak, aseguró que la entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y por expertos en psicología infantil y adolescente. *Publicada por OLPRENSA, BOGOTÁ.*

Principio In dubio pro reo. El principio in dubio pro reo se refiere únicamente a las particularidades procesales que operan al momento en que se valoran las pruebas, con el fin de demostrar o no que el acusado o la persona que actualizó los elementos de tipo penal del delito de que se trate, las mismas que se materializan al momento de dictar la sentencia.

De manera que se aplica cuando, al estimar todas y cada una de las pruebas, el juez llega a la conclusión de que no cuenta con elementos suficientes, y, por lo tanto, no puede declarar con seguridad que el sujeto cometió el delito.

Lo anterior debido a la falta de plena certeza, pues no se demostró completamente que éste lo haya cometido. Por lo tanto, al existir la duda, se debe absolver al inculpado. En otras palabras, el juez, al examinar todas y cada una de las pruebas, debe tener plena certeza de que el acusado cometió el delito. Pero en caso de duda deberá dictar sentencia absolutoria. Justamente, el principio presupone un estado de incertidumbre, ante el cual se concede al juzgador optar por lo más favorable para el acusado, al absolverlo en virtud de la existencia de una duda razonable.

Principio de la presunción de la inocencia: Consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva.

El artículo 2°.24. e) de la Constitución Política configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Así señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima.

2.2.5.6.2. Valor probatorio de la declaración de la menor

Como primer punto, la Corte Suprema tuvo que definir si la declaración de una menor de edad puede ser prueba suficiente para condenar a una persona por el delito de violación sexual.

Al respecto, sostuvo que la sola declaración de la menor es suficiente para poder determinar la existencia de los hechos imputados y su vinculación con el acusado. Resulta necesario, en cualquier caso, que se encuentre corroborada por un mínimo de medios probatorios.

En consecuencia, cuando se cumplen estos requisitos, no puede ampararse la causal de falta de logicidad y motivación en la sentencia recurrida, tal y como había argumentado el imputado en el caso expuesto.

Con esta postura, la Suprema revalidaba lo expresado en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, donde se determina que para que la declaración de la menor pueda demostrar la existencia del hecho, es necesario que cumpla los siguientes requisitos: ausencia de incredibilidad subjetiva, existencia de datos objetivos que corroboren mínimamente la declaración, que no sea fantasiosa o increíble, ser coherente, y presentar uniformidad y firmeza. *(Derechos que tiene la víctima y su justo trato dentro del proceso penal- Publicación enviado por Alejandro Camarena Carlos)*

La valoración de la prueba personal-Casación 96-2013 – Tacna, lima 20 de abril del 2016.

En su fundamento:

Quinto. En un sistema de sana crítica la valoración de la prueba no se deja librada a la íntima convicción del juez, al contrario, debe valorarla teniendo en consideración las circunstancias cambiantes locales y temporales, así como las particularidades del caso concreto, mediante una valoración razonada, la que debe ser motivada, a través de criterios normativos que sirven al juez en una actitud prudente y objetiva con la finalidad de emitir juicios de valor.

Sexto. En este sistema la prueba personal debe valorarse, más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analiza:

i) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones.

ii) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato.

iii) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc.

iv) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

Séptimo. El Acuerdo Plenario número cero dos-dos mil cinco/ CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco (Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia), las recoge, así se señala que la declaración, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, debe cumplir los siguientes requisitos:

i) Ausencia de incredibilidad subjetiva; esto es, que existan relaciones, entre agraviado e imputado, basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que le nieguen aptitud para generar certeza.

ii) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria.

iii) Persistencia en la incriminación; es decir, que la sindicación sea permanente. El cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de sus declaraciones se halla sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

2.2.5.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio

El delito de Violación Sexual a menor de edad. -

Fundamentos de la Prohibición. -

La Prueba: La Prueba es la comprobación de algo, de la verdad acerca de un hecho o de una proposición, así mismo en el lenguaje vulgar nos enseña el termino probar se utiliza también como equivalente a ensayo o experimento, por lo que se entiende que probar significa verificar o demostrar la autenticidad de una cosa o evento.

La palabra prueba tiene tres acepciones en el campo del Derecho: a) Alude a la demostración de la verdad de un hecho, de su existencia o inexistencia.

Es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama. b) Se refiere a los medios de prueba, o sea, los medios de convicción, considerados en sí mismos. c) Se habla de la prueba para referirse al hecho mismo de su producción, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales. En este sentido, por ejemplo, se dice que la prueba incumbe al actor o al demandado. 2.- La prueba en el Derecho Civil y en el Derecho Procesal. La materia relativa a la prueba cae principalmente dentro del campo del Derecho Procesal, porque por regla general, es ante los tribunales, con motivo de un litigio, cuando los interesados intentan probar sus pretensiones. Por ello, el Código de Procedimiento Civil consagra numerosas normas relativas a la manera como se rinde la prueba en juicio. Pero la prueba también es una materia propia del Derecho Civil: a) En primer lugar, hay situaciones que deben probarse fuera de todo juicio. Así, por ejemplo, para contraer matrimonio, debe acreditarse la edad mínima exigida por la ley. b) La prueba presenta una parte sustantiva que abarca: La determinación de los medios de prueba; Su admisibilidad; El valor probatorio de los diversos medios de prueba. 3.- Objeto de la prueba. Lo que debe probarse son los hechos, no el Derecho. Deben acreditarse los hechos jurídicos en general y los actos jurídicos en particular.

El Derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil, no necesita probarse. Lo anterior tiene dos excepciones: Teoría de la Prueba – Juan Andrés Orrego Acuña 1 a) Cuando la norma de Derecho emana de la costumbre: deberá probarse mediante cualquier medio de prueba, en el ámbito civil; y a través de los dos medios de prueba que establece el Código de Comercio, en el ámbito mercantil (algunos afirman, sin embargo, que se trata de una excepción aparente, pues lo que debe probarse son los

hechos que sirven de supuesto para la existencia de la costumbre). b) Cuando la norma de Derecho está contenida en la ley extranjera. El artículo 411 número 2 del Código de Procedimiento Civil establece que podrá oírse informe de peritos sobre puntos de derecho relativos a una legislación extranjera. Pero no todos los hechos deben probarse: a) Los hechos “pacíficos” no requieren prueba: o sea, los hechos no controvertidos, los que las partes aceptan sin contradicción. En virtud de la admisión de tales hechos por las partes, el juez debe tenerlos por acreditados (así, por ejemplo, si el demandante invoca un contrato de compraventa como fuente de su crédito, y el demandado reconoce dicho contrato, pero afirma que pagó el saldo de precio). b) Los hechos notorios tampoco necesitan ser probados. Son hechos notorios aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos de cultura media, en el tiempo y en el lugar en que se dicta la sentencia.

El artículo 89 del Código de Procedimiento Civil alude a los hechos que sean de pública notoriedad, autorizando al juez para resolver de plano, sin necesidad de rendir prueba, el incidente respectivo. El artículo 318 del Código de Procedimiento Civil establece que los hechos que se prueban deben ser controvertidos, sustanciales y pertinentes.

Por ello el ordenamiento jurídico penal no muestra solo su preocupación y levanta su juicio de reproche sobre la práctica de una relación sexual con una persona indefensa, sino que se preocupa de allí que justifique una especial elevación de las sanciones de la incidencia y los efectos que una práctica de este tipo puede desplegar, y que generalmente es devastadora, en la vida afectiva, emocional, intelectual de la persona.

Esto acontece por dos maneras: en primer lugar, se encuentra la protección de la sexualidad de modo escalonado de acuerdo al desarrollo y madurez tanto física como psíquica del sujeto que bien puede hacerse respetando las etapas psicológicas, teniendo en cuenta la edad mental o, como sucede en la mayoría de legislaciones sobre la base de motivaciones de seguridad jurídica, en razón de la edad cronológica de la persona. Siendo que, en el caso de la ley peruana, sigue el paso de niveles o escalas de protección de la sexualidad según la edad de la persona. Y en segundo lugar, debe destacarse que la ley penal peruana castiga de modo duro e implacable todo acto sexual realizado contra las personas comprendidas en esa edad según art. 173 del Código Penal Peruano, por lo que el consentimiento, discernimiento o posibilidad de que el menor comprenda la

naturaleza del acto no le otorga ninguna eficacia y de concurrir no despliegan ningún efecto jurídico.

Cabe recordar, sin embargo, que, si el acto sexual lo practica un menor de 18 años con un menor de catorce años, aquél no recibirá ninguna pena o medida de seguridad, sino una medida socioeducativa como las fijadas en la legislación del Código del Niño y el Adolescente. Así como también que el Derecho Penal cuando protege el ejercicio de la sexualidad del ser humano no lo hace renunciando a los principios político-criminales más importantes, sino que tiene en cuenta a todos ellos, en especial el principio de intervención mínima, por el cual solo se puede proteger y tutelar el ejercicio de la sexualidad en los casos absolutamente necesarios e indispensables hasta que el sujeto pueda valerse por sí mismo y ser consciente de lo que significa relacionarse sexualmente, según Código Penal Peruano vigente, el ordenamiento jurídico tolera el ejercicio de la libertad sexual cuando se adquiere una mínima capacidad de discernimiento (catorce años), reservando la protección de dicha libertad a los casos necesarios como empleo de violencia o grave amenaza art. 170 o engaño art. 175 del mismo Código Penal. (pp. 266-281)

De la misma manera se comparte con Peña Cabrera Freyre (2015) quien refiere:

Inclusive la edad de 14 años puede resultar excesiva para delimitar la frontera entre la libertad sexual y la intangibilidad sexual, partiendo de que la norma debe adecuarse a la realidad social, pues de no ser así se produce un divorcio, que desencadena la ilegitimidad del proceso normativo (...) Por lo que los dictados de la política criminal del legislador deben ir en correspondencia con las transformaciones estructurales de la sociedad, a fin de viabilizar el rendimiento y legitimidad de la norma penal, por lo que en el ámbito de los delitos sexuales la orientación debería implicar una rebaja de la edad, y no en aumento, como equívocamente ha trazado el legislador en la última reforma, lo cual supone la moralización de la norma penal en todo caso. (pp. 349-350)

Un Derecho penal encaminado a una reducción racional de sus efectos lesivos, importa valorar circunstancias particulares, que en definitiva puedan sostener un menor contenido del injusto típico; que si bien llevados a la literalidad normativa, implicarían una penalidad llevada a la legalidad, no es menos cierto, que los fines preventivo-especiales han de estar presentes siempre en dicha determinación punitiva, como los factores o indicadores sociales que no pueden ser ajenos a tal definición. (p.355).

Tipo del Injusto. –

a) Bien Jurídico. - En esta figura delictiva tal como señala Peña Cabrera Freyre (2015) se tutela la indemnidad sexual o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad, ahora la moralidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad. Entendiéndose éste como del normal desarrollo de la sexualidad, en cuanto esfera que se puede ver gravemente comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades también sean mayores. Muestra de ello se tiene en la RN N° 4328-2009-Ayacucho, se sostiene que:

[...] el delito de violación sexual de menor de edad toma en cuenta la indemnidad e intangibilidad sexual de los menores de edad-es la forma que tiene el Estado de proteger la sexualidad de los menores de edad que por sí solos no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para hacerlo; que con ello se garantiza el normal desarrollo de su sexualidad y, por ende, no requiere típicamente que el agente emplee violencia o grave amenaza contra la víctima, ni que esta ofrezca resistencia contra el agresor, es decir, hasta que se acredite el yacimiento carnal, en este caso, la tentativa del mismo para que se configure el delito submateria [...]. (pp. 355-356)

En esta clase de delitos no solo a tutelar la libertad sexual, sino principalmente su indemnidad sexual, pues, es la inocencia de la menor, cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por estos comportamientos delictivos. (R.N. N° 3580-2002-LIMA.PÉREZ ARROYO, P.281.ART.173)

De igual parecer es el autor Sánchez (2011) toda vez que sostiene que la ley penal no permite los actos sexuales con menores en base a la “indemnidad sexual” (p. 31), *por lo que para dicho autor referente a indemnidad es relacionarlo con instituir una edad límite siempre y cuando ésta sea considerada referencial.*

Por lo que se comparte con el autor Arce (2010) que señala que la *indemnidad sexual*, se le debe relacionar directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, tal es el caso que en este caso de menores como de quienes por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual.

La Indemnidad sexual es la necesidad de protección y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual del individuo.

El problema de la edad. -

El abuso sexual constituye un problema de salud pública y de derechos humanos, es un problema de proporciones incalculables, con consecuencias emocionales y psicológicas devastadoras para quienes lo sufren y como consecuencia a corto y largo plazo que afecta la salud mental de las víctimas. El abuso a los menores de edad trastorna gravemente la vida de los niños y adolescentes, produciéndoles sentimientos de culpa, depresión, ansiedad alteración del sueño, de la alimentación, suicidios, problemas escolares, drogadicción y alteran el desarrollo psicosexual.

Dichas consecuencias también han sido descritas por Echeburua (2004), quien señala que la violación es un evento traumático, negativo e intenso, donde muchas veces la víctima no cuenta con recursos de afronte para calmar o disminuir su sintomatología, colocándola en una situación de vulnerabilidad e indefensión, y algunas veces victimizada por el sistema de justicia.

Fernández (2009) en su investigación *Autopercepción y Relaciones Interpersonales en un grupo de Mujeres Víctimas de Violación Sexual a través del Psicodiagnóstico de Rorschach*, encontró que había diferencias altamente significativas entre las mujeres víctimas de la violación sexual y el grupo comparativo encontrándose índices de depresión, diferencias de la forma de procesar información y manejo de estrés, sintomatología que la conducirá a la indefensión y la estigmatización social.

e) La edad cronológica y otros criterios alternativos. - Castillo (2002) refiere que, “la fijación del abuso sexual de menores en la legislación peruana, en una edad inferior a los catorce años hace una referencia directa a la edad cronológica”. entre una nuestra legislación, variando solo la cifra elegida la cual se evidencia en los párrafos concernientes al citado artículo 173 del Código Penal vigente.

Sin embargo, existen posiciones doctrinarias al respecto, de que no es la única opción en cuanto a la precisión del límite de este tipo o clase de delito contra la indemnidad o intangibilidad sexual, el criterio cronológico o edad cronológica, siendo una de las posibilidades, y que frente a ello existen otras tal como la edad mental que se relaciona a criterios temporales, la cual exige un grado de madurez mental o nivel de inteligencia que haya alcanzado o venga poseyendo el menor de edad, dejándose de lado cifras determinadas, para la configuración del delito en estudio.

Lo que conlleva a que el juez, tal como lo señala Castillo (2002), “a través de un peritaje psicológico obligatorio averigüe, si el menor de dieciocho años tiene la edad mental de una persona de más de catorce años o en realidad la edad mental es compatible con la edad cronológica”. (p.286).

Empero, cabe señalar que existen objeciones que se plantean contra la edad cronológica como límite a utilizar en la violación sexual de menores, como es la de fomentar el tratamiento desigual de situaciones semejantes, como cuando se sanciona el acto sexual y que se practica con el menor un día antes de cumplir éste los catorce años, cosa que no hubiese pasado si el autor hubiera esperado un día más; como también desde el principio de igualdad, que el autor del hecho reciba la pena que corresponda.

La prueba de la edad cronológica. - La edad del sujeto pasivo en el delito de violación sexual de menores habrá de acreditarse, tanto para establecer la punición o no de la conducta, como la aplicación de las agravantes.

Cabiendo mencionar, según refiere Castillo (2002) que “el mencionado valor o jerarquía de los medios de prueba no debe fijarse en función de la formalidad o el valor jurídico del instrumento jurídico público o privado que se utilice, sino sobre la base de su utilidad y pertinencia para acreditar la edad de la víctima” (p.292).

Si pese a la pericia realizada o las pruebas actuadas en el proceso existen dudas razonables sobre la edad de la víctima y dichas dudas afectan la punición o no del comportamiento o la aplicación de una pena más grave u otra más leve, y si ésta no puede subsanarse empleando cualquier otro medio o instrumento probatorio, debe aplicarse en toda su magnitud el in dubio pro reo, ya sea para decretar la impunidad del autor o para aplicar una pena más leve. (Castillo, 2002, p.292)

La edad de la menor agraviada no ha sido acreditada con partida de nacimiento o reconocimiento supletorio, por cuanto la pericia médica no es categórica y además ha sido emitida por un solo perito, contraviniéndose lo previsto en el artículo ciento sesenta y uno del Código de Procedimientos Penales; que, asimismo, es necesario se practique un nuevo conocimiento médico legal a la agraviada, a fin de establecer su integridad sexual y edad. (R.N. N° 3751-2000-PIURA. PÉREZ ARROYO, P. 961. ART. 173)

En los delitos de violación sexual de menor debe establecerse de manera clara e inequívoca la edad de la agraviada, mediante acta o partida de nacimiento, o en su defecto debe practicarse un reconocimiento médico legal a fin de determinar

su edad. El fallo condenatorio expedido en ausencia de esos instrumentos incurre en causal de nulidad. (EXP. N° 2822-2003-CALLAO (EJEC.SUP.). DATA 30,000.G.J.ART.173)

Al respecto Castillo (2002) refiere:

Primero: Referido a el cómputo de los plazos, según los días transcurridos y que se cuentan desde la medianoche del día de su fecha, sin reparar en otro criterio que ofrezca tal vez mayor precisión y seguridad. Muestra de ello se tiene que, si el menor nació exactamente a las 10 a.m del 1 de enero de 1988 los catorce años los cumplirá indefectiblemente desde la medianoche o las 00.00 del 1 de enero del 2002. Sin embargo, dicho criterio presenta desventajas y críticas, en el sentido que se parte de una presunción legal y de una estimación general que no permite un análisis fidedigno y real del caso concreto al considerar que todas las personas cumplen años a las 00.00 horas del día y fecha de su nacimiento, olvidando el dato fáctico que demuestra todo lo contrario.

O si todas las personas cumplen años en este caso, los catorce a las 00.00 del día y fecha de su nacimiento, pero el abuso sexual se lleva a cabo después de dicho tiempo, pero antes de la hora exacta de su nacimiento, quedaría impune dado que luego de las 00.00 todos habrán cumplido ya para el caso que se analiza catorce años.

Segundo: Más que reparar el cómputo de los plazos desde la medianoche del día del nacimiento se debe delimitar el cumplimiento de la edad de la manera más exhaustiva posible, valorando si fuera posible la hora y los minutos transcurridos. Es decir, si los catorce años recién se cumplieran luego de transcurridas las 10.00 a.m del 1 de enero del 2002, es decir el menor tendrá dicha edad desde que se inicie el primer minuto siguiente: 10.01 a.m. Este punto de vista sostiene que el menor desde las 00.00 horas del 1 de enero hasta las 10.00 seguirá teniendo trece años. (pp. 293-294).

Frente a los dos puntos de vista, para determinar el momento exacto del nacimiento, puede sostenerse la aplicación de uno u otro criterio, según las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, se evidencia en su gran mayoría, que viene aplicándose el primer punto de vista, que considera para el cómputo general y de todos los casos de la edad del menor al plazo que comienza a correr a las 00.00 del día en el que el sujeto pasivo ha nacido. Ello con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, no solo para la solución del caso sino para aplicar de manera más justa y equitativa un estándar objetivo de valoración. (Castillo, 2002, pp. 295-296)

Cabiendo señalar que mientras más datos se conozcan acerca de la edad del sujeto pasivo, la situación del autor, por lo general, variará, perjudicando o beneficiando su

situación jurídica. Y en sentido contrario, al ignorarse, la hora y los minutos del nacimiento del menor dicha situación terminará beneficiando o perjudicando también al autor, pues el período de tiempo en el que se modifica la edad quedará fijado a las 00.00. Empero ante la duda o veracidad en los datos referentes a la hora y minutos del nacimiento consignados bien en la partida de nacimiento, bautizo, o en la constancia expedida en el hospital, para el juez o el tribunal se vea persuadido debe tomar como punto de referencia el primer criterio. (Castillo, 2002, p.295)

Empero cabe señalar que, en la práctica, algunos jueces no vienen realizando la prueba de incapacidad, aun cuando esta se determina con una pericia psicológica y no meramente normativa (antropométricas y psicológicas, medición de la edad mental, etc.), más cuando faltan semanas o meses para arribar a los 14 años de edad, sino que se limitan a la respuesta de si cumplieron o no los días para llegar a esa edad. Incluso como sostiene Sánchez (2011) “algunos fallos han señalado que sería irrelevante que falte un día o dos, pero lo limitado de esta solución se da porque solo sirve para aquellos que tienen la edad establecida en base documental, (Reniec, Registro Civil-Municipal o Bautismal), pero si es un menor indocumentado se recurre a un peritaje médico y se desdeña el peritaje sobre la edad mental”. (p.70)

Las relaciones sexuales entre menores. - La problemática es qué pasa cuando uno de los menores involucrados en la relación sexual tiene menos de dieciocho años y más de catorce años, y la segunda es cuál debe ser el tratamiento jurídico, cuando los menores tienen igual edad o existe una diferencia, pero ambos tienen menos de catorce años.

Según Castillo (2002) señala:

En el primer caso, se deben aplicar las medidas socioeducativas más graves que se incorporan en el Código del Niño y el Adolescente si el menor de dieciocho años ha logrado el acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal con el empleo de violencia o grave amenaza (art. 170). Si la relación sexual se ha realizado voluntariamente y sin ningún tipo de violencia o abuso, no debe imponerse a la menor medida socioeducativa.

Lo mismo debe suceder en el segundo caso, en el que la relación sexual se mantiene entre menores de catorce años. No tendría ningún sentido imponer una medida socioeducativa, salvo en los casos donde el menor de catorce años abuse sexualmente de un niño, de cinco o cuatro años de edad. Aquí bien podría también mantenerse la regla por la que se exige un máximo entre los menores que practican el acto sexual. (pp. 297-298).

Por lo que se puede llegar a afirmar que el consentimiento del menor en las relaciones sexuales es de carácter irrelevante, toda vez que en esta clase de delitos la ley protege la inocencia de la víctima cuyo desarrollo psíquico emocional se ve afectado por el comportamiento delictivo.

2.2.6. Recurso de nulidad

2.2.6.1. Conceptos

Puede definirse la anulación del acto jurídico como la legal privación, pronunciada por el órgano judicial, de los efectos que la ley estima queridos por las partes en virtud de causas que hacen a la formación el acto jurídico en contra de lo legalmente preceptuado. (Cáceres, 2010, p. 21)

La nulidad adquiere tres significados, el primero el referido al Estado del acto procesal; el segundo alude al vicio que aflige al acto procesal; y el tercero indica el mecanismo por el cual se sanciona un acto procesal por no encontrarse acorde a las exigencias materiales o constitucionales, (Díaz Solano, citado por Cáceres Julca, 2010) en este último caso la nulidad Opera como una defensa de forma, al denunciar la presencia de defectos en la Constitución del procedimiento. (p. 22)

El término Nulidad, como se aprecia, está vinculado al acto jurídico, de este puede afirmar o negar su existencia, como también su eficacia o ineficacia en el sentido de que produzca o no los efectos que la Norma le asigna. Así, la expresión de nulidad es ambivalente, puesto que puede referirse a la inexistencia de un acto jurídico o la carencia de efectos de este. (p. 22)

La razón de que la expresión “nulidad” no adquiera un predicable concreto, es producto de que el término se refiere a un género comprensivo operante en nuestro orden procesal, como afirma Carrío: “una de las primeras funciones de las palabras -aunque no la única- es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc. Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera. El nuestro está armado de palabras generales, que son palabras clasificadoras, dónde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística”.

“La denominación nulidad procesal es la forma cómo se utiliza comúnmente, engloba distintas categorías de nulidades que pueden clasificarse en dos grupos principales: nulidades procesales impropias. Pertenecen a la primera clase las que derivan de la irregularidad puramente formal del acto y cuya fuente es la falta o distorsión de los requisitos rituales relacionados con el modo de actuación del juez y de las partes en el aspecto meramente procedimental, son relativas y convalidadas mientras no pertenezcan, a la vez, al ámbito de las nulidades procesales impropias. Son éstas las que se configuran cuando el acto procesal no es irregular en sí mismo sino sólo por reflejo, porque su contenido viola una norma jerárquica superior a la procesar. Ese precepto superior puede ser el que por su naturaleza pertenezca a la esfera de la Constitución o a la ley de fondo. Así por ejemplo, el acto procesal que no obstante reunir todos los requisitos formales que le son inherentes, vulnera la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Los actos procesales serían nulos en este caso, más que por lo que son como tales, por el hecho de que han constituido el medio para infringir la garantía constitucional”. (Colombo, citado por Cáceres 2010, p. 23)

2.2.6.2. Concepto de nulidad desde la perspectiva procesal

El recurso de nulidad desde la perspectiva procesal, según Carocca (citado por Cáceres, 2010) señala:

“El proceso es el mecanismo último de tutela de los intereses de las personas, cuando son desconocidos o entran en colisión con los otros, de manera que su existencia es indispensable para mantener la convivencia social. En el caso específico del proceso penal, se constituye en la primera garantía de una justa imposición de la sanción penal, ya que asegura que ella será producto de la interacción de las partes involucradas, por un lado el imputado y por otro el representante del interés social y encargado de perseguir los delitos, cual es el Ministerio Público y, sobre ambos, como tercero imparcial, el tribunal”. (p. 24)

El objeto de la nulidad desde la perspectiva procesal es la de denunciar aquellos actos que afecten la actividad procesal-procedimental (Cas. Exp. N° 3706-2006), a través de un acto procesal de impugnación dirigida a incorporar un efecto jurídico distinto de aquél que se pretende dejar sin efecto, en salvaguardia de la adecuada de los actos procesales. (p. 24)

“La nulidad viene a constituir así, una serie progresiva de respuestas, las cuales se guían por el norte de la conversación de los actos, no son las nulidades un fin propio de la seguridad jurídica sino una vía indirecta para llegar asegurar la Justicia del caso”. Gozaíni (citado por Cáceres, 2010, p. 25)

La nulidad se convierte en un técnico procesal de impugnación, es decir un remedio defensivo conectado a un perjuicio concreto a través de la cual se postula una defensa negativa ante la existencia o presencia generalmente de errores o vicios in procedendo, es decir, errores o defectos en la regularidad de procedimiento. Se excluyen de este análisis los vicios accidentales, esto es aquellos que no afectan la finalidad del proceso. (p. 25)

El recurso de nulidad, es un medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios que se ejercitan en el procedimiento penal peruano. El Recurso de Nulidad es aquél medio impugnativo que se interpone a fin de recurrir ante la máxima instancia judicial, cuando en los fallos inferiores se ha violado las formas, la Ley o la Constitución Política del Estado, se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión penal.

2.2.6.3. Concepto de nulidad desde la perspectiva constitucional

El Código Procesal Penal es una herramienta destinada a organizar el proceso en la búsqueda de una solución real de los conflictos, por tanto, es regla general que las partes procesales deben ajustarse a las formas procesales. (Cáceres, 2010, p. 30)

Se trata de un conjunto de garantías procesales tendientes a contribuir a la efectiva realización del derecho, limitando el ritualismo del proceso y su vertiente, y aplicación mecánica de las normas procesales la misma que puede producir que no se alcance la verdad material a través de actos que le impida o restrinjan por acción u omisión el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales. (Cáceres, 2010)

En su aspecto constitucional, la nulidad afecta derechos fundamentales de naturaleza procesal indisponibles vinculados al debido proceso toda vez que no se puede hablar de un proceso justo o de obtención de tutela jurisdiccional efectiva si el acto procedimental incumple su finalidad o la desvirtúa de conformidad con los mecanismos establecidos por el código procesal penal o por la carta fundamental en cuanto resulte trascendentes deviene en un perjuicio que afecta el proceso mismo. (pp. 31-32)

Ello en razón que las garantías o derechos fundamentales tiene un valor normativo porque se encuentran consagradas en su mayor parte en la constitución política que como es sabido es la norma jurídica que organiza el estado y limita la actuación de sus órganos de modo que se impone a todas las autoridades del estado. (p. 32)

Para la jurisprudencia suprema, la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en el proceso, pudiendo configurarse únicamente en relación a los actos procesales susceptible de producir efectos jurídicos autónomos cómo los actos emanados de un órgano judicial, en tal sentido sólo cuando la ineficacia se ha resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. (p. 32)

2.2.6.4. Fundamento valorativo de la nulidad procesal

El fundamento valorativo de las nulidades debe buscarse en la Constitución al ser el eje central alrededor del cual gira nuestro sistema jurídico, con tal fuerza normativa que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, que no respete o afecte a los principios y derechos establecidos en la Carta Fundamental son intrínsecamente nulos.

La fuerza normativa de la Constitución excluye del ordenamiento jurídico las normas o interpretación de estas contrarias a la Carta Fundamental, en virtud de la supremacía constitucional por la cual las normas procesales, para que sean coherentes con la preceptiva contenida en la Constitución, se interpretan y llevan a la práctica en armonía con aquel estatuto jurídico fundamental.

Las afectaciones de orden procesal en cuanto incidan directamente hoy o estén vinculados a principios, derechos, valores y preceptos de derechos fundamentales. En otros términos, el plexo de valores que se encuentra normatizado en la Constitución, comenzando por a efectiva vigencia de los derechos fundamentales, invade, inunda y despliega a lo largo de todo el sistema jurídico, en el que se incluye el proceso penal.

La fuerza normativa de los preceptos constitucionales no requiere mediación normativa de otras disposiciones jurídicas para aplicarse a los hechos y situaciones que en el ámbito procesal se produzcan, el único límite existente es que el precepto constitucional postulado tenga relación con la defensa de los derechos esenciales que se señala se

encuentran afectados. Las nulidades constitucionales que imponen el principio de jerarquía normativa, donde la norma superior es la Constitución. (Cáceres, 2010, pp. 46-47)

2.2.6.5. Presupuestos materiales de las nulidades procesales

Las nulidades procesales en cuanto a su admisión requieren la existencia de presupuestos materiales, y estos tienen por finalidad ser un filtro para establecer si la pretensión de nulidad se condice con el carácter excepcional de este mecanismo procesal.

Así, “la declaración de nulidad procesal significa invalidar lo hecho ni retroceder el proceso al estado en que se cometió el vicio que se debe corregir, por lo que constituye un retroceso en el proceso y una negación de este (...) se restringe su utilización por aplicación de los principios de convalidación, trascendencia, interés, entre otros”. (Casación Exp. N° 720-97-Lima, El Peruano 1 de febrero de 1999). (Citado por Cáceres, 2010, p.71)

Se trata de una serie de principios positivizados en el Código Procesal Penal que rigen el análisis de las nulidades procesales, y en cuya observancia se constituye presupuesto material para la admisibilidad de pretensión de nulidad, por responder a la protección de derechos fundamentales o de las normas procesales de obligada exigencia. (Fundamento Noveno. Casación Exp. N° 3621-2007-Cuzco. Lima, 4 de octubre de 2007). (Citado por Cáceres, 2010, p. 72)

2.2.6.5.1. El principio de legalidad de las formas especificidad o formalidad o como actividad

El principio de legalidad de las formas denominado también principio de especificidad o formalidad establece las disposiciones para el desarrollo de las actuaciones procesales (lugar, tiempo y forma de los actos) así como para el diseño del procedimiento.

El principio de especificidad o legalidad ha evolucionado y se ha tornado flexible como producto de la actualización de los criterios de hermenéutica que buscan que el proceso adquiera verdadera operatividad. “En consecuencia, el principio de legalidad tiene la pauta de la razonabilidad (prudencia) y los parámetros del derecho de igualdad entre las partes (equilibrio en las decisiones) y el derecho a defensa (oír y replicar). Gozaíni (citado por Cáceres, 2010)

Así, el principio de legalidad de las formas propugna que las normas procesales constituyan un valor instrumental al servicio de las garantías de las partes para esclarecer los hechos del caso y atender a la verdad jurídica objetiva. (Cáceres, 2010, pp. 72-73)

El acto procesal puede no lograr su finalidad ya sea por aplicación indebida o interpretación errónea de una norma procesal objetiva (vicio in iudicando) o cuando se transgreden las formalidades esenciales o las garantías fundamentales del proceso penal (vicios in procedendo), estas últimas se encuentran dentro de las denominadas nulidades genéricas. (p. 74)

Por consiguiente, el límite para postular nulidades implícitas son las afectaciones a los derechos fundamentales tengan incidente procesal, como son los casos de inobservancia de las garantías de la tutela procesal efectiva, el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho fundamental a la presunción de inocencia o el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, todas ellas enmarcadas dentro de lo que se denomina el contenido esencial de los derechos y garantías previstas por la Constitución, tal y como lo preceptúa el artículo 150° literal “d” del Código Procesal Penal. (pp. 74-75)

2.2.6.5.2. El principio de trascendencia

“La trascendencia hace a un modismo de práctica valorativa, donde las advertencias radican en A) el tipo de acto desenvuelto, b) el carácter del vicio que porta, c) la finalidad que persigue, d) si alcanzó la pretensión de su destino, es si existe perjuicio, f) en su caso, que la importancia tiene el gravamen”. (Gozaíni, citado por Cáceres 2010, p. 78)

La trascendencia se refiere a la importancia o gravedad que una infracción de orden procesal o constitucional ocasiona de modo tal que haga insalvable el acto procesal por limitar, impedir o vulnerar el ejercicio de derechos y garantías de los sujetos procesales, sin los cuales se hace imposible cumplir con el estándar exigido por la ley.

Se trata de un principio, “según el cual sólo deben declararse y sancionarse la nulidad en caso de duda sobre los defectos o vicios que se aleguen, salvo que se haya afectado el derecho de una de las partes. Exige un agravio real: ‘no hay nulidad sin agravio’. Este principio se conecta con el principio de finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual, es importante que el agravio a la forma, que la finalidad del acto se cumpla. Si se concreta no hay nulidad”. (Abanto, citado por Cáceres 2010, p. 78)

en materia de nulidades procesales implica que el nulidicente al promover el incidente debe expresar el perjuicio sufrido y las defensas de que se ha visto privado oponer, que ponga de relieve el interés jurídico lesionado.

2.2.6.5.3. El principio de convalidación o subsanación

El artículo 152 del Código Procesal Penal recoge el principio de convalidación de los actos procesales. En la aplicación de este principio, quien es parte en un proceso y conoce de la existencia de un vicio o de un defecto en un acto procesal y actúa u omite accionar, permitiendo que el acto procesal logre su finalidad, no puede después alegar la existencia de un vicio.

No es posible decretar la nulidad de actuaciones respecto de vicios o defectos subsanables, ya sea que se trate de actos denunciados en forma extemporánea o que se trate de actos procesales que hayan alcanzado su finalidad.

Para la Corte Suprema, “el principio de convalidación de las nulidades señala que la naturaleza esencial del proceso recae en el principio de iniciativa de parte, y, por lo tanto, el órgano jurisdiccional no puede sustituirse en el lugar de una de las partes y anular actos procesales que han sido consentidos por estas loca lo acotado es concordante con el artículo 184º de la Ley Orgánica del poder judicial, es por ello que este principio, de este modo un límite a ver el principio de convalidación es de este modo un límite a la capacidad de actuación de los sujetos procesales en tanto cuestión

en actos procesales que por negligencia e impericia o por estrategia de defensa no cuestionaron en el momento de conocer el acto de fe del acto defectuoso, de ese modo, se busca restringir el ejercicio de este mecanismo procesal como ultima ratio frente a la existencia de una concreta afectación ya sean normas procesales o a garantías constitucionales. (Cáceres, 2010, pp. 84-85)

Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado además también existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo

2.2.6.5.4. El principio de conservación

El principio de conservación de los actos procesales es esencial en tanto tiende a dar la funcionalidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que expongan siempre y cuando claro está esa nulidad no sea de tal importancia que inti incisiones la calidad misma del acto.

Se trata de un principio estrechamente ligado al principio de saneamiento y opera como un complemento. Busca resguardar los valores de seguridad de seguridad jurídica y firmeza que son trascendentes para el proceso, en tanto, posibilitan soluciones reales en el marco del debido proceso, en esta medida se excluyen el exceso ritual, el excesivo rigor formal, el predominio exagerado de las solemnidades a favor de un trámite previsible que aseguren la actuación, la conservación y la protección de los defectos intrascendentes como parámetro general. (Cáceres, 2010, pp. 89-90)

Las formas procesales son garantías de buen orden y de un debido proceso la lealtad en el debate, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión exigen que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas.

2.2.6.5.5. El principio de protección

Este principio se encuentra previsto en el artículo 151° numeral cuarto del Código Procesal Penal y se sustenta en la idea de que es improcedente declarar la nulidad del

acto procesal, sí quién alega la nulidad es el autor del incumplimiento de las formas materiales o sustantivas, la misma lógica se aplica para el sujeto procesal que es cómplice en la comisión del daño.

Así, “no puede oponer la nulidad el que ha originado el vicio sabiendo o debiendo saber la causa de invalidez. El que ha omitido las diligencias o trámites, instituidos en su propio interés, no puede impugnar la validez de los actos procesales. Nadie puede alegar su propia torpeza, pues en tal caso no ha de ser oído (nemoauditurpropiamturpitudinemallegans)”. (Rodríguez, citado por Cáceres 2010, p. 91)

este principio versa sobre la protección procesal en donde no puede pedir nulidad de un acto procesal quien es el autor del incumplimiento.

2.2.6.5.6. El principio de preclusión procesal o eventualidad

Se encuentra recogido en el artículo 151º numeral tercero del Código Procesal Penal, señala que el proceso se desarrolla por etapas, concluida a una etapa o fase se pasa a la siguiente sin posibilidad de retrocederse a la fase concluida. (p. 95)

Este principio impide la articulación de la nulidad procesal fuera de los términos establecidos para su actuación, contra aquellos actos en los que se presentó defectos en su conformación, o se actuaron actos en etapas distintas a las que corresponde, vulnerándose el derecho de defensa, el principio de contradicción, o las normas procesales de carácter imperativo o de interés público; de este modo la preclusión comporta la pérdida, extinción o consumación de la facultad para cuestionar un determinado acto procesal. (p. 96)

Tanto la concentración en el proceso, la eventualidad y la preclusión son principios fundamentales en el derecho procesal los cuales se configuran como cimientos sólidos de esta rama del derecho.

2.2.6.6. Presupuestos constitucionales de las nulidades

En materia constitucional la nulidad se sustenta, como nos recuerda Pessoa, en un doble fundamento. Ese doble fundamento es el siguiente:

- a. Garantizar la efectiva vigencia del debido proceso legal, y
- b. Garantizar la efectiva vigencia de las reglas de la defensa en juicio del imputado especialmente.

2.2.6.6.1. El debido proceso

Es uno de los elementos estructurales de una correcta administración de justicia, en tanto, se trata de un presupuesto sine qua non para la existencia de un estado de derecho.

El verbo rector contiene dos elementos:

- a) **Debido.** Se entiende debido como correcto, lo ajustado a derecho, como el marco que asegura la justicia, equidad y rectitud en la aplicación de las normas establecidas en el derecho positivo, en el curso de un proceso o de un procedimiento, en otros términos, propugna un enjuiciamiento justo.
- b) **Proceso.** “Definimos el proceso como aquel conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos procesales en donde el estado y ciertos órganos internacionales -en los temas que son de su competencia- ejercen función jurisdiccional. En el caso del Estado, el ejercicio de esta función tendrá por finalidad solucionar o prevenir un conflicto de intereses, levantar una incertidumbre jurídica, vigilar la constitucionalidad normativa o controlar conductas antisociales (delitos o faltas); mientras que en caso de los órganos internacionales, el ejercicio de su función jurisdiccional casi siempre tendrá por finalidad tutelar la vigencia real o efectiva de los Derechos Humanos o el respeto de las obligaciones internacionales.

En lo que respecta al procedimiento, entendemos por éste al conjunto de normas o reglas que regulan la actividad, participación, facultades y deberes de los sujetos procesales, así como la forma de los actos procesales, de tal suerte que bien pueden existir procedimiento sin proceso, pero no proceso sin procedimiento. (pp. 98-99)

2.2.6.6.2. Garantías del debido proceso

Cómo señala el Tribunal Constitucional en el expediente N° 8125-2005-HC/TC entre otros, el debido proceso comprende dos garantías una formal y otro sustancial.

A. Garantías formales y el debido proceso garantía formal el debido proceso

Se trata de un conjunto de derechos de contenido procesal que se expresa en el cumplimiento de los requisitos formales que la norma prevé, tales como el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, entre otros.

1. El derecho al juez natural y predeterminado por la ley. - El juez natural es el tribunal impuesto por la Constitución para que intervenga en un proceso dado como “comisiones” expresan el órgano jurisdiccional que se manifiesta en el tribunal.

El derecho al juez predeterminado por ley se encuentra reconocido como el derecho en el artículo 139 numeral tercero de la Constitución, y reconocido en términos generales por el artículo 8 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

El derecho presenta como contenido esencial la garantía de Independencia e imparcialidad de los jueces, la misma que viene determinada por el modo de designación y la duración del mandato de sus miembros. El contenido genérico es que el juez deba conocer de un caso sea previo, ordinario y no decepcionar y que haya sido designado acorde a las exigencias establecidas en la ley.

La predeterminación por la ley del juez significa la preexistencia de unos criterios con carácter de generalidad, la atribución competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permite determinar cuál es el jugador llamado conocer del caso. (p. 108)

2. El procedimiento establecido. - La función jurisdiccional pero predeterminada establece la forma en que se tramita determinados tipos de procesos, en ese sentido las nulidades por inobservancia de la tramitación de la causa o del procedimiento son de orden público y se encuentra relacionada con las reglas de la competencia

territorial (Art. 119 CPP) de la competencia objetiva y/o de la competencia funcional (Art. 26 CPP).

La competencia territorial se vincula con la circunscripción territorial asignada por la ley al efecto a la actividad de cada órgano jurisdiccional en materia penal significa la proximidad del órgano jurisdiccional con el lugar en que se cometió el delito que constituye el objeto de la acción penal.

La competencia objetiva es desarrollada por el artículo 26 y siguientes del Código Procesal Penal y atiende la naturaleza de los delitos y de las penas como al conocimiento de determinados actos procesales precitados por la norma en mención. En este último ámbito la nulidad puede presentarse por la concesión de recursos que no se encuentran dentro del órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, un juez de la investigación preparatoria no puede conceder recurso de casación o acción de revisión, un tribunal de segunda instancia no puede conceder recurso de apelación, etcétera.

Cabe precisar que estos tipos de nulidades se encuentran dentro de las denominadas nulidades genéricas, pues se tratan de inobservancia de las formas establecidas para la tramitación de la causa. (pp. 113-114)

3. El derecho a defensa. - El derecho de defensa es un derecho fundamental que hace posible las demás garantías del debido proceso, por tanto, es un presupuesto objetivo del acceso a la justicia, al procurar la igualdad de posiciones entre imputado y el persecutor de la pretensión punitiva. El derecho de defensa parte de la idea que todo ciudadano sujeto alguna injerencia Estatal, tiene la capacidad de salvaguardar su verdad Frente a cualquier tipo de imputaciones o de contradicciones dentro de un proceso, de las que no sólo tiene el derecho de defenderse, sino de contradecir dentro de los tiempos preestablecidos por la ley, utilizando para ello los medios de defensa y los elementos de prueba pertinentes. Este derecho comporta una garantía objetiva y otra subjetiva, que en sentido amplio comprende el derecho a un juicio público, en igualdad de armas. (p. 115)

4. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. “La motivación escrita de todas las resoluciones en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, en mención expresa de la ley aplicable y de los derechos que sustente”. (p. 134)

En tal sentido la motivación exige a que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que se reconozca la ampliación razonable del derecho, a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer cuáles son las razones que sirven de apoyadura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. (Brinder, citado Cáceres 2010, p. 135)

Precisa, Colomer:

“La motivación es un discurso, elaborado por el juez, en el cual se desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al *thema decidendi* y en el cual, al mismo tiempo, el juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado. Por tanto, son dos las finalidades que configuran la esencia de la actividad motivativa, de una parte, el hecho de ser una justificación racional y fundada en derecho de la decisión, de otra parte, el dato de contrastar o responder críticamente a las razones o alegaciones esgrimidas por cada una de las partes”. (Citada por Cáceres, p. 135)

La motivación que interesa es aquella referida al hecho procesal, entendida como el hecho calificado, es el suceso referido en la acusación y en el auto enjuiciamiento, incluyendo todos los sucesos o acontecimientos conexos y relativos a ellas y que son idóneas para tornar factible la obra del acusado como punible o como penalmente relevante. (Cáceres, 2010, p. 135)

Elementos constitutivos del derecho de debida motivación:

- La motivación fáctica
- La motivación jurídica

2.2.7.Lasentencia

2.2.7.1. Etimología

Según Gómez(2008), la palabra-sentencia la ha se deriva del latín, del verbo: -Sentio, is, ire, sensi, sensum||, con el significado de sentir; precisa, que en verdad que eso es lo

que hace el juez al pronunciar sentencia, expresar y manifestar lo que siente en su interior, a través del conocimiento que se pudo formar de unos hechos que aparecen afirmados y registrados en el expediente.

2.2.7.2. La sentencia penal

Cafferata (1998) expone:

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

La sentencia penal es una resolución judicial dictada por un juez o tribunal que pone fin a la litis (civil, de familia, mercantil, laboral, contencioso-administrativo, etc.) o causa penal. La sentencia declara o reconoce el derecho o razón de una de las partes, obligando a la otra a pasar por tal declaración y cumplirla.

2.2.7.3. Naturaleza jurídica de la sentencia

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

2.2.7.4. Motivación de la sentencia

Víctor Ticona Postigo.

La motivación de la decisión judicial está configurada por las causas psicológicas que determinan la decisión, así como por la razón de hecho y de derecho en que se sustenta ella. Para algunos es equivalente a fundamentación, y en virtud a ello se

dice que la motivación es la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión judicial. De la noción formulada se desprende que la motivación puede ser de dos tipos: psicológica y jurídica.

Como bien expone Alejandro Nieto "*...una condena severa puede explicarse por la presión social o mediática a que está sometido el juez (e incluso por algo aparentemente tan trivial como un dolor de muelas). Desveladas tales causas, podrá explicarse la decisión; pero es notorio que ésta no quedará justificada por aquéllas. Un acceso de mal humor podrá explicar (psicológicamente) una condena severa, más no justificarla*"⁵.

La explicación tiene lugar en el contexto de descubrimiento. En consecuencia, es pertinente hacer referencia a 10 que la teoría de la argumentación jurídica denomina contexto de descubrimiento y contexto de justificación y su consiguiente distinción. El primero, se refiere a las motivaciones de orden psicológico (y sociológico) que han determinado el sentido de una decisión judicial; mientras que el contexto de justificación, en sede de argumentación jurídica, es el conjunto de razones (de hecho y de derecho) que se aportan para apoyar una decisión resultante.

La justificación, es la motivación jurídica. En términos generales, como sostiene María Cristina Redondo, el acto de justificar puede ser por escrito u oral y está configurado por ".un enunciado que califica dicha acción como debida o permitida"~ "... justificar una acción consiste en brindar fundamentos generales a un enunciado normativo particular"⁸ . La explicación tiene un propósito descriptivo, en tanto que la justificación tiene un propósito evaluativo o normativo.

La argumentación es la forma de expresar o manifestar y por supuesto de defender el discurso justificativo. Las motivaciones psicológicas pueden ser descritas, pero no argumentadas.¹¹ Argumentar es la actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. En este orden de ideas, se puede afirmar que la actividad argumentativa importa la exposición de un conjunto de argumentos (pudiendo distinguirse cada

uno de los argumentos), y también de conjuntos de argumentos para tomar decisiones parciales que constituyen las líneas argumentativas (por ejemplo, unas para los hechos, otras para el aspecto normativo), pero todas ellas con la finalidad de sustentar o refutar una tesis. En una argumentación puede distinguirse dos elementos: aquello de lo que se parte, las premisas; aquello a lo que se llega, la conclusión. También se distinguen los criterios que se emplean y controlan el paso de una a otra premisa (en esta actividad hay muchas premisas), y de ésta a conclusiones parciales o a la conclusión final.

la motivación de las resoluciones jurisdiccionales entendida como una justificación que contiene todas las razones de hecho y de derecho que llevaron al juez a la decisión, haciéndola aceptable desde el punto de vista jurídico.

2.2.7.5. Fines de la motivación

La doctrina Nacional y extranjera, como el propio Tribunal Constitucional reconocen una pluralidad de fines, que no siempre corresponden a un criterio de clasificación común, por tanto, resulta evidente que la importancia de la finalidad que se asignan al discurso motivador se encuentra en que dichos fines constituyen el elemento fundamental para definir el contenido de la motivación desde una perspectiva analítico descriptiva.

La motivación de las resoluciones judiciales, según se reconoce, cumple dos grandes funciones en el ordenamiento jurídico. Por un lado, es un instrumento técnico procesal y, por el otro, es a su vez una garantía político-institucional. Efectivamente, se distinguen dos funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales: i) Facilita un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes ; ii) La de ser un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad o capricho en el ejercicio de la administración de justicia. En un primer momento, el deber de justificar las decisiones judiciales fue configurado como una garantía dentro del proceso que pretendía informar

a las partes respecto a la justicia o no de una determinada decisión y los alcances de la expedición de una sentencia respecto a un derecho invocado o a una pretensión formulada, indicando a los actores el por qué se acepta o rechaza su planteamiento procesal. Asimismo, la fundamentación de las sentencias permite el control de la misma a través de los recursos interpuestos por quien se siente perjudicado por la sentencia (función endoprocesal de la motivación).

2.2.8. El razonamiento judicial

Ricardo LEÓN PASTOR:

El razonamiento jurídico es la capacidad de calificar jurídicamente hechos que generan controversias legales con la finalidad de resolverlas sobre bases jurídico-objetivas con validez legal, lógica y racional.

Razonar jurídicamente, pues, es construir soluciones o, mejor dicho, “salidas” o vehiculaciones a los conflictos que las personas no son capaces de resolver por ellas mismas, en aplicación de bases racionales sólidamente establecidas por el sistema legal. Si el sistema legal reconoce o no, con legitimidad suficiente los acuerdos fundamentales de la población en cada país en los terrenos jurídico, político y moral, es un problema que suele escapar a la teoría del razonamiento judicial. Sin embargo, asumiendo que el marco esencial de referencia jurídica, moral y política del juez, sea la norma de mayor valor en el sistema legal: la Constitución Política de la República, 12 entonces el juez encontrará en ella la cristalización de los valores, principios y reglas más caras al espíritu popular y a la nacionalidad del país.

El razonamiento judicial, el juez se decide por una solución luego de un razonamiento y de un conjunto de consideraciones racionales que lo justifique inclinándose por una decisión.

2.2.8.1. El silogismo

Un silogismo no es más que una forma de **o** que se compone de 3 elementos básicos: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión que las relaciona.

Estructura del silogismo. Como ya enunciamos, todo **silogismo** se estructura sobre la base de dos **premisas** que son aceptadas como ciertas y una tercera que se deduce lógicamente de la relación entre los conjuntos que se describen en las primeras, y que resulta ser conclusiva. Para entender cómo opera este mecanismo apelemos a un ejemplo clásico:

- Premisa mayor: Una proposición general
Ej. Todos los hombres son mortales.
- Premisa menor: Una proposición específica
Ej. Sócrates es un hombre.
- Conclusión: Basada en las dos premisas anteriores
Ej. Sócrates es mortal.

Otro ejemplo de silogismo sería:

- Los mamíferos lactan a sus crías.
- Los perros son mamíferos.
- Los perros lactan a sus crías.

Silogismo Jurídico. Denominado como "término común", se dice **que** es la causa de la relación entre las dos premisas. Sirve de apoyo a la interpretación y aplicación de hechos a la norma. Nos permite realizar un esquema lógico y formal, sobre unos acontecimientos y su resultado.

El Silogismo se entiende como una forma de razonamiento deductivo, una deducción lógica que consta de dos preposiciones, premisas o antecedentes y una tercera como conclusión derivada de las otras dos.

2.2.8.2. La importancia del razonamiento jurídico

Para el abogado, la tarea de argumentar es una actividad inherente a la profesión. El profesional del derecho ejerce argumentando, sea por escrito u oralmente. El caso es que hoy, dada la implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal (CPP-2004) en nuestro país, la argumentación oral ha cobrado gran importancia, ya que la oralidad es uno de los principios claves del sistema acusatorio al que se aspira. Así, por

ejemplo, el fiscal acusará oralmente en audiencia, la defensa expresará oralmente su contradicción al pedido del fiscal y el juez sustentará oralmente su decisión. Pero no debemos perder de vista que no existirá un buen argumento legal sin un previo razonamiento jurídico correcto; es aquí donde centramos nuestro comentario.

El razonamiento jurídico es el proceso intelectual mediante el cual se llega a una conclusión a base de premisas o, como decía Aristóteles, es llegar a un nuevo conocimiento a partir de conocimientos preexistentes. La ciencia que estudia los procedimientos para llegar a un buen razonamiento es la lógica; y cuando aplicamos las reglas de esta ciencia al mundo del derecho, estamos ante la lógica jurídica.

Siendo esto así, la lógica jurídica nos sirve no solo para crear un buen razonamiento legal, sino también para analizar y hallar las debilidades del adversario. Además, este tipo de lógica es la fuente inseparable de la argumentación jurídica, ya que no basta con elaborar un buen razonamiento; hay que saber expresarlo correctamente y aquí es donde entra tallar la teoría de la argumentación jurídica.

En consecuencia, la oralidad del nuevo proceso penal hace indispensable contar con las técnicas de argumentación, pero este esfuerzo sería en vano si no se fundamentara en un razonamiento jurídico válido. Esto es, una conclusión que derive necesariamente de premisas que guarden coherencia entre sí.

Razonamiento jurídico judicial: lógica, argumentación, interpretación y motivación.

Una vez definido, a grandes rasgos, el esquema lógico, deberá optar por una argumentación idónea, es decir, deberá recurrir a las proposiciones argumentativas que pretendan construir, paso a paso, la solución del problema que se le plantea. Para Manuel Atienza, la argumentación constituye la forma sustancial de resolución de conflictos y desde la tribuna de la Universidad de Alicante, esboza un enfoque de la evolución de la argumentación jurídica como disciplina autónoma.

La evolución del razonamiento jurídico como disciplina nos ha permitido constatar que la mera interpretación de la norma, resulta manifiestamente insuficiente. Y tal como lo propone Marina Gascón, la interrelación de los hechos resulta tan o más importante que la interpretación de la norma, dado que los hechos constituyen el insumo procesal fundamental al cual ha de recurrir el juzgador para posicionar su decisión. Por último, constituyendo la esencia de todo el devenir intelectual de los pasos

formulados en esta secuencia que denominaríamos “ejes del razonamiento jurídico idóneo en sede judicial”, tenemos que la motivación, como expresión final de la decisión, va a representar la suma y ratio final, de todas las fases previas, a efectos de lograr el juez una legitimación de sus decisiones.

el razonamiento jurídico se refiere al proceso mental que sigue los principios del derecho para interpretar y/o argumentar algo en función de las leyes.

2.2.8.3. El control de la logicidad

Para no innovar en el léxico ya adoptado, se denominará control de logicidad a la verificación que se realiza para conocer si un razonamiento es lógicamente correcto. Se ha llamado control de logicidad al examen que efectúa una Corte de Casación o un Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. En otras palabras, se quiere controlar el cumplimiento de las reglas que rigen el pensar', esto es, se controlan los errores in cogitando.

Los códigos procesales no siempre son ortodoxos, desde el punto de vista lógico, en la clasificación de los motivos de casación o de revisión de las sentencias. Pero, de acuerdo a lo que hemos dicho, por sobre las causales legales y antes que ellas -siempre desde el punto de vista lógico- existen dos tipos de causales que no pueden ser soslayadas: falta de motivación; y defectuosa motivación. El primer tipo es bien claro y está previsto en la Constitución de la Provincia de Córdoba y en el art. 147 del Código de Procedimientos Civiles. El segundo se deriva del primero. En efecto, sería absurdo exigir que una sentencia sea motivada para que después, no se controle si ha sido correctamente fundada, aun desde el punto de vista lógico. Esta clasificación que acabamos de esbozar no se refiere a las clasificaciones que realizan los códigos. Y diremos insistentemente algo más para que no haya confusiones. Cuando decimos que los motivos son formales no nos referimos a exigencias de las leyes procesales o adjetivas. Si bien los juristas manifiestan que hay motivos «formales» cuando el defecto se produce por inobservancia de una exigencia procesal, los motivos formales a los que nos referimos nosotros en este momento, nada tienen que ver con las formulaciones legales positivas.

Lo que produce la confusión es que, a veces, las calidades se entremezclan, como cuando una prescripción exige que «la sentencia no contenga disposiciones contradictorias». Esta norma legal no hace sino, evidentemente, positivizar una ley lógica. Por eso, hasta aquí, cuando hemos hablado de motivos formales queremos significar que ellos surgen de defectos formales del razonamiento, en cuanto no se han observado las leyes del pensar. En consecuencia, no sólo la sentencia tiene que ser fundada, sino que debe ser, en primer lugar, bien fundada formalmente -lógicamente bien fundada esto es, que se muestre el itinerario del razonamiento para que se pueda controlar (por las partes o por el juez superior) si éste (el razonamiento) ha sido correcto y ha observado las leyes del pensar, es decir, todas las reglas fundamentales que la ciencia de la Lógica ha puesto de manifiesto desde la época de Aristóteles. Así como la experiencia de la fundamentación de las sentencias se ha introducido lentamente en la

legislación, de igual manera el control de logicidad ha encontrado enconadas resistencias para ser adoptado por los jueces naturales de control. En nuestra Provincia pareciera que el Superior Tribunal de Justicia ha ingresado de manera definitiva y consciente por este camino. Dedicaremos al problema alguna atención. La resistencia a ejercer este control fue principalmente apoyada en la autoridad de Calamandrei, quien negara a la insuficiencia o defectuosa motivación entidad suficiente para enervar la autoridad de la sentencia. Actualmente resulta difícil justificar la postura, que trasuntaba un oscuro temor a lo que es difícil de manejar bien y a los complicados sofismas de ciertos impugnantes que introducen un fárrago no siempre fácil de penetrar.

Sin embargo, resulta absurdo que un jurista que va en pos de las huellas de la justicia, se deje impresionar por ello, y prefiera aceptar un error de razonamiento convalidando un fallo mal fundado, a la posibilidad de corregirlo. A los ojos de un justo el formalismo no es más que un paso necesario para hacer resplandecer la verdad. A fuera de sinceros, débase confesar que la dificultad invocada por Calamandrei existe: es muy difícil separar el contenido de la forma del razonamiento. Pero esa dificultad no nos parece razón suficiente para negar el control formal de logicidad. No olvidemos que, en la práctica, los jueces de control son generalmente juristas de larga experiencia y destacada versación. Y las cuestiones más abstrusas pueden ser bien aclaradas cuando se las enfoca con ciencia y dedicación. No es menester incursionar en este breve trabajo, en el itinerario histórico de la admisión del control de la logicidad. Basta decir que, receptado el principio de la motivación de las resoluciones judiciales por la Constitución y ratificado por los códigos procesales, su control lógico tenía necesariamente que imponerse con el tiempo. Una motivación lógica incorrecta equivale a una falta de motivación. Un fallo erróneo por defectos o insuficiencia de fundamentación, equivale al retorno del viejo autoritarismo que hacía privar la voluntad sobre la razón, para imponer la absoluta discrecionalidad del juzgador.

2.3. Marco Conceptual

Compatibilidad. La compatibilidades la característica de aquello que existe o se realiza al mismo tiempo que otra, en tanto y también denomina a la cualidad de compatible.

Expediente. El expediente judicial es un instrumento público. Como se dijo también al referir a la terminología, el concepto de expediente se corresponde con la tercera acepción del vocablo proceso. Se lo puede definir como el legajo de actuaciones o piezas escritas que registran los actos procesales realizados en un juicio, ordenadas cronológicamente y foliadas en forma de libro, provistas de una carátula destinada a su individualización. En definitiva, como expresa Rosemberg, el expediente es un legajo de papeles, pero sujeto a normas para su formación y conservación.

Encontrar definiciones acerca de los siguientes términos:

Nulidad. La nulidad representa una técnica procesal a través de la cual el Juez valora la adecuación a Derecho de los actos procesales, de manera que, apreciando un desajuste en el acto enjuiciado, hace uso de tal técnica para la eliminación de los actos irregulares

Corte Suprema. Antes de establecer el significado de Corte Suprema es proceder a determinar el origen etimológico de las palabras que componen el termino y que tienen la particularidad de que ambas emanan de latín:

Corte, en primer lugar, procede de "cors" y este de "cohors", que se encuentra conformado por dos partes claramente diferenciados: el prefijo "co", que significa "unión", y a raíz "hort", que se usa para hacer referencia a un lugar que está cercado.

Suprema, en segundo lugar, emana de "supremus". Este es el superlativo de "superus", que viene a indicar que algo está por encima de otra cosa.

La noción de corte tiene diversos usos y acepciones. Puede referirse a la acción y efecto de cortar; al filo de herramienta; a la herida producida por un elemento cortante; al conjunto de personas que acompañan a un rey; o al tribunal de justicia.

La Corte Suprema, por tanto, 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 ya que, en ciertas regiones, no designa al tribunal de mayor jerarquía.

Distrito Judicial. Es un organismo autónomo de la República del Perú constituido por una organización jerárquica de instituciones, que ejercen la potestad de administrar justicia, que en teoría emana del pueblo, no obstante no es elegido directa ni indirectamente.

Normas Legales. Garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder a la información que producen o administran las entidades del gobierno. Dichas normas forman parte del proceso iniciado hacia una mayor transparencia en la gestión pública.

Normas Constitucionales. Es la ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la política.

Técnicas de Interpretación. Refiere a las diferentes actividades implicadas en el proceso, mientras que al mencionar el término modalidad nos ocupamos del contexto comunicativo y situación social de la **interpretación**.

2.4. Sistema de hipótesis

Las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial Del Santa –Nuevo Chimbote, 2018; en razón de que no existió incompatibilidad normativa en el presente caso.

.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Nivel de investigación

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

Cuantitativa: Es cuantitativo en el sentido que para poder haber determinado la no incompatibilidad normativa como variable independiente se utilizó la revisión de 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 pudo ser ponderada y calificada con un valor numérico, basadas en sus respectivas dimensiones: interpretación, integración, y argumentación.

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

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

3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico

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

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 se pudo interpretar y explicar el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para poder si bien no analizar las incompatibilidades normativas, pero si la validez de la norma y poder lograr 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 basó en la relación dialéctica entre la comprensión, la explicación y la interpretación de la norma con la finalidad de poder lograr analizar y explicar y de qué manera se aplicaron las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa proveniente de las Sentencias de los Órganos Supremos de Justicia del Perú.

3.3. Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estuvo constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 perteneciente al **Distrito Judicial del Santa**, 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 DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN Entendiéndose al descarte de normas, según su rango, temporalidad o especialidad, de acuerdo a la materia.	Validez formal	Antinomias	TÉCNICAS: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
				Validez material		
			COLISIÓN Confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma.	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO: Lista de cotejo
					Juicio de ponderación	
Y₁: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN Del latín <i>interprepari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	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 Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Malampartem ▪ Bonampartem 	
				Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora 	
				Lagunas de ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto 	

					<ul style="list-style-type: none"> ▪ 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 aplicó las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.) donde se presentó los parámetros, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyó en indicadores de las variables. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia formó parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica. (Lista de cotejo y cuadro de presentación de los resultados correspondientes al docente investigador).

3.6. Plan de análisis

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

3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

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

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

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

3.6.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

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

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

3.7. Matriz de consistencia

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 00104-2006--0-2506-JR-PE-01 DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA – CHIMBOTE. 2018	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N°00104-2006--0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial Del Santa, 2018?	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar de qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N°00104-2006--0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial Del Santa, 2018</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <p>1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión,</p>	X1: INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomia	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos
							Validez material		
						COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO:
								Juicio de ponderación	
								Juicio de ponderación	Población-Muestra

		<p>en base a la validez formal y validez material.</p> <p>2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.</p> <p>3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, medios, y argumentos de interpretación jurídica.</p> <p>4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, a los principios generales, a la laguna de ley, y a argumentos de interpretación jurídica.</p> <p>5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, sujeto a; y, a argumentos interpretativos.</p>							<p>Población:</p> <p>Expediente judicial consignado con el N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01 perteneciente al Distrito Judicial del Santa –Nuevo Chimbote, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.</p>	
		<p>HIPÓTESIS:</p> <p>Las Técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 perteneciente al Distrito Judicial del Santa; en razón de que si</p>	<p>Y1: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</p>	<p>Dependent e</p>	<p>Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.</p>	<p>INTERPRETACIÓN</p>	<p>Sujetos</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	<p>Resultados</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	<p>Medios</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	<p>Analogía</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Malampartem

		fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.						<ul style="list-style-type: none"> ▪ Bonampartem 	
						INTEGRACIÓN	Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora 	
							Laguna 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	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión 	
							Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	
								<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae ▪ Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la 	

							Argumentos interpretativos	coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios	
--	--	--	--	--	--	--	-----------------------------------	---	--

3.8. Principios éticos

3.8.1. Consideraciones éticas

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estuvo sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asumió estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se suscribió una Declaración de Compromiso Ético, que se evidencia 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 nulidad proveniente de la Corte Suprema, que se evidenciará como Anexo N° 1 en el presente informe de Investigación.

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

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

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]	[1,5]	[2,5]	[0]	[1-15]	[16-25]
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<p style="text-align: center;">CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIO R.N. N° 315-2008 SANTA, Lima, veinticuatro de abril de dos mil ocho. -</p> <p>VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria de fojas doscientos sesenta y tres, de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete; por sus fundamentos pertinentes; interviene como ponente el señor Vocal Supremo Santos Peña; y CONSIDERANDO: Primero: Que, el representante del Ministerio Publico en la fundamentación de su recurso de nulidad, de fojas doscientos setenta y uno, cuestiona la sentencia absolutoria señalando que el fallo no se ajusta a las pruebas que corren en autos ni los hechos expuestos durante la secuela del proceso , haciendo una apreciación subjetiva de los hechos ilícitos cometidos por el acusado porque lo libera de responsabilidad pretendiendo inculpar a una ,menor de edad, al afirmar que la menor no recuerda la fecha, ni el año, ni el lugar donde sostuvo relaciones sexuales con el procesado y que ha tenido muchos enamorados con quienes ha sostenido relaciones sexuales siendo el primero un tal Carlos Manuel; agrega que el procesado ha inducido a la menor a la fuga y el argumentos de que se fue por su gusto o porque no se llevaba bien con sus padres no es fundamento legal, factico ni jurídico para que la Sala lo absuelva, Segundo: Que de la revisión de lo actuado , se tiene que sobre el delito de violación sexual de menor, la menor agraviada de iniciales C.L.G.V. no ha dado una versión uniforme sobre la imputación contra el procesado pues al prestar su declaración ante la policía, a fojas trece, sostuvo que ha mantenido relaciones sexuales en</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> <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					
		Validez material	<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	X					

		<p>diez oportunidades con el acusado, siendo la primera vez cuando tenía doce años y seis meses; mientras que en su declaración referencial de fojas noventa y uno niega haber tenido relaciones sexuales con el procesado que viene a ser su enamorado; y al ser interrogada en el juicio oral, según acta de fojas doscientos cuarenta y cinco, declara que solo una vez sostuvieron relaciones sexuales con el acusado no recordando en donde fue. Tercero: Que, el certificado Médico Numero P-Cero novecientos setenta y cuatro, obrante fojas dieciséis, practicado el dieciocho de abril de dos mil seis a la menor agraviada de iniciales C.L.G-V concluye que esta presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; asimismo e certificado Médico número JPEN – cero cuarenta y nueve, de fojas sesenta y tres, practicado el tres de mayo de dos mil seis a la citada menor, ratificado a fojas ochenta y ocho también concluye que aquella presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; en tal sentido, los reconocimientos médicos legales acreditan la comisión del delito, mas no así la responsabilidad penal del acusado, pues la imputación solo se sustenta en la versión contradictoria de la menor agraviada, quien además ha señalado en su referencial de fojas noventa y uno haber relaciones sexuales con su primer enamorado Carlos Manuel, habiendo tenido otros cuatro enamorados aparte del inculpado; por su lado, el procesado a nivel policial a fojas diez admite haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada al ser enamorados; sin embargo, en la continuación de su declaración instructiva de fojas cuarenta varia su versión señalando que nunca han tenido relaciones sexuales, afirmación que ha mantenido durante el desarrollo del debate oral según acta de fojas doscientos veintisiete; por lo tanto existe duda razonable en este extremo, resultando de aplicación el principio <i>in dubio pro reo</i>, consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso once de la Constitución Política del Perú.</p>	<p>2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas(tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. <i>(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)</i>Si cumple</p> <p>3. Determina las causales sustantivas para la selección de normas. <i>(Basadas en los principios establecidos por la doctrina: a) Principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento penal; b) Principios relacionados con la iniciación del procedimiento penal; c) Principios relacionados con la prueba; y, d) Principios relacionados con la forma)</i>No cumple</p> <p>4. Determina las causales adjetivas para la selección de normas. <i>(Basadas en el Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)</i>No cumple</p>	X				4.5	
--	--	---	---	---	--	--	--	-----	--

	Colisión	Control difuso	<p>Cuarto: Que, sobre el delito de inducción a fuga de menor, la menor agraviada de manera uniforme y coherente ha sostenido que por su propia decisión abandono el hogar de sus padres, no habiendo sido obligada por el acusado a retirarse de su hogar; aunado a ello, la madre de la menor doña Epifania Valle Torres ha referido que la menor aprovecho la hora de la noche para retirarse del hogar; además cuando el acusado se encontraba detenido en el Establecimiento Penal la citada menor volvió a abandonar su hogar porque quería ver a su enamorado, mientras que el procesado ha negado en forma contundente la imputación por este delito, no habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste al estar consagrado en el literal e= inciso veinticuatro, artículo dos de la Constitución Política del Perú, encontrándose arreglada a ley la absolución del sentenciado; resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de folios doscientos sesenta y tres, de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete, que absuelve a Alfonso David García Gámez, de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor edad, en agravio de la menor de iniciales C.L.G.V; y por el delito contra la Patria Potestad -inducción a fuga de menor en agravio de Edgardo Epifanio Genebros Ávila y Epifania Valle Torres; con lo demás que contiene.</p>	<p>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple</p> <p>2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)).</i> No cumple</p> <p>3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. <i>(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado).</i> No cumple</p> <p>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. <i>(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental).</i> No cumple</p>	X	X	X	X		
--	-----------------	-----------------------	--	--	---	---	---	---	--	--

Cuadro 1: Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del

Expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial del Santa – Nuevo Chimbote. 2018

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01, del Distrito Judicial del Santa - Nuevo Chimbote.

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

LECTURA. El cuadro1, revela que la **incompatibilidad normativa** nunca se evidenció, por no existir conflicto normativo al constatarse con sus dimensiones exclusión como colisión proveniente de las instancias inferiores a la Corte Suprema. Sin embargo materia de la investigación fue corroborar el cumplimiento de la *validez de la norma* por los magistrados del Órgano Supremo ya que el no cumplimiento de la misma puede acarrear conflicto normativo, el cual trajo como resultado que dichos Magistrados cumplieron a veces con los criterios de validez de la norma, es decir obteniendo un puntaje de 4.5, dicho estudio proviene de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema.

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01, del Distrito Judicial Del Santa – Nuevo Chimbote. 2018

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la incompatibilidad normativa		
					Remisión /Inexistente	Inadecuada	Adecuada	Remisión/ Inexistente	Inadecuada	Adecuada
					[0]	[2,5]	[5]	[0]	[1-37.5]	[38-75]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	<p>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIO R.N. N° 315-2008 SANTA, Lima, veinticuatro de abril de dos mil ocho. -</p> <p>VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria de fojas doscientos sesenta y tres, de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete; por sus fundamentos pertinentes; interviene como ponente el señor Vocal Supremo Santos Peña; y</p> <p>CONSIDERANDO: Primero: Que, el representante del Ministerio Publico en la fundamentación de su recurso de nulidad, de fojas doscientos setenta y uno, cuestiona la sentencia absolutoria señalando que el fallo no se ajusta a las pruebas que corren en autos ni los hechos expuestos durante la secuela del proceso , haciendo una apreciación subjetiva de los hechos ilícitos cometidos por el acusado porque lo libera de responsabilidad pretendiendo inculpar a una ,menor de edad, al afirmar que la menor no recuerda la fecha, ni el año, ni el lugar donde sostuvo relaciones sexuales con el procesado y que ha tenido muchos enamorados con quienes ha sostenido relaciones sexuales siendo el primero un tal Carlos Manuel; agrega que el procesado ha inducido a la menor a la fuga y el argumentos de que se fue por su gusto o porque no se llevaba bien con sus padres no es fundamento legal, factico ni jurídico para que la Sala lo absuelva,</p> <p>Segundo: Que de la revisión de lo actuado , se tiene que sobre el delito de violación sexual de menor, la menor agraviada de iniciales C.L.G.V. no ha dado una versión uniforme sobre la imputación contra el procesado pues al prestar su declaración ante la policía, a fojas trece, sostuvo que ha</p>	<p>1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial).No cumple</p>	X					
		Resultados	<p>1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa). No cumple</p>	X						

		<p>mantenido relaciones sexuales en diez oportunidades con el acusado, siendo la primera vez cuando tenía doce años y seis meses; mientras que en su declaración referencial de fojas noventa y uno niega haber tenido relaciones sexuales con el procesado que viene a ser su enamorado; y al ser interrogada en el juicio oral, según acta de fojas doscientos cuarenta y cinco, declara que solo una vez sostuvieron relaciones sexuales con el acusado no recordando en donde fue.</p> <p>Tercero: Que, el certificado Médico Numero P-Cero novecientos setenta y cuatro, obrante fojas dieciséis, practicado el dieciocho de abril de dos mil seis a la menor agraviada de iniciales C.L.G-V concluye que esta presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; asimismo e certificado Médico número JPEN – cero cuarenta y nueve, de fojas sesenta y tres, practicado el tres de mayo de dos mil seis a la citada menor, ratificado a fojas ochenta y ocho también concluye que aquella presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; en tal sentido, los reconocimientos médicos legales acreditan la comisión del delito, mas no así la responsabilidad penal del acusado, pues la imputación solo se sustenta en la versión contradictoria de la menor agraviada, quien además ha señalado en su referencial de fojas noventa y uno haber relaciones sexuales con su primer enamorado Carlos Manuel, habiendo tenido otros cuatro enamorados aparte del inculpaado; por su lado, el procesado a nivel policial a fojas diez admite haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada al ser enamorados; sin embargo, en la continuación de su declaración inestructiva de fojas cuarenta varia su versión señalando que nunca han tenido relaciones sexuales, afirmación que ha mantenido durante el desarrollo del debate oral según acta de fojas doscientos veintisiete; por lo tanto existe duda razonable en este extremo, resultando de aplicación el principio <i>in dubio pro reo</i>, consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso once de la Constitución Política del Perú.</p> <p>Cuarto: Que, sobre el delito de inducción a fuga de menor, la menor agraviada de manera uniforme y coherente ha sostenido que por su propia decisión abandono el hogar de sus padres, no habiendo sido obligada por el acusado a retirarse de su hogar; aunado a ello, la madre de la menor doña Epifania Valle Torres ha referido que la menor aprovecho la hora de la noche para retirarse del hogar; además cuando el acusado se encontraba detenido en el Establecimiento Penal la citada menor volvió a abandonar su hogar porque quería ver a su enamorado, mientras que el procesado ha negado en forma contundente la imputación por este delito, no habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste al estar consagrado en el literal e= inciso veinticuatro, artículo dos de la Constitución Política del Perú, encontrándose arreglada a ley la absolucón del sentenciado; resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y</p>		X	X			10	
--	--	---	--	---	---	--	--	----	--

		<p>cuatro del código de Procedimientos Penales.</p> <p>Por estos fundamentos: Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de folios doscientos sesenta y tres, de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete, que absuelve a Alfonso David García Gámez, de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor edad, en agravio de la menor de iniciales C.L.G.V; y por el delito contra la Patria Potestad -inducción a fuga de menor en agravio de Edgardo Epifanio Genebroso Ávila y Epifania Valle Torres; con lo demás que contiene.</p>							
Integración	Medios		<p>1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso.<i>(Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico).</i> No cumple</p> <p>2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. <i>(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica).</i> No cumple</p>						
	Analogías		<p>1. Determina la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema.<i>(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley).</i> No cumple</p>	X					

		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). No cumple	X					
		Laguna de ley		1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (Antinomias). No cumple	X					
		Argumentos de integración jurídica		1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración.No cumple	X					

	Argumentación	Componentes		<p>1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial). No cumple</p> <p>2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) Si cumple</p> <p>3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) Si cumple</p> <p>3. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple</p> <p>4. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple</p>	X					
					X					
						X				
						X				
						X				

	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) No cumple</p>	X					
	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). No cumple</p>	X					

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01, del Distrito Judicial del Santa - Nuevo Chimbote.

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

LECTURA. El cuadro 2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas **inadecuadamente** por los magistrados de la Corte Suprema, en el sentido que pese a que se evidenció un error in iudicando de tipo in facto, dichos magistrados en cuanto a la *interpretación jurídica* no la emplearon en todo su contexto correctamente, solamente describieron parte de los hechos materia de nulidad y no fundamentaron doctrinal ni judicialmente aunado al no cumplimiento de los criterios de interpretación ; en cuanto a la *integración jurídica* no fue necesaria de emplearla debido a que no existió según el caso procesal vacío o deficiencia en la propia ley al momento de emplear alguna de ellas; y en cuanto a la *argumentación jurídica*, se evidenció que los magistrados no señalaron explícitamente el error in iudicando como tal, de igual manera con respecto a los componentes de toda argumentación jurídica al no precisarse jurídicamente sobre la ponderación de los derechos afectados y grado de intensidad conlleva a evidenciar una sentencia con motivación aparente sin contar con la presencia de la premisa mayor; sin embargo se evidenció el cumplimiento de los otros componentes como la Inferencia en cascada y la respectiva Conclusión de carácter múltiple simultánea; y en cuanto a 2 parámetros relacionados a los principios esenciales de interpretación como los respectivos argumentos interpretativos de la norma jurídica no se cumplieron. Lo cual trajo como resultado que dichos Magistrados cumplieron inadecuadamente con la aplicación de las Técnicas de Interpretación obteniendo un puntaje de 10. Dicho estudio proviene de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema.

Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial del Santa – Nuevo Chimbote. 2018

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables								
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Remisión/Inexistente	Inadecuada	Adecuada			
			(0)	(1,5)	(2,5)		[0]	[1-15]	[16-25]	[0]	[1-37.5]	[38-75]			
Incompatibilidad normativa	EXCLUSIÓN	Validez formal	1	1		4.5	[10-15]	Siempre	4.5						
		Validez Material	2	2			[1-9]	A veces							
							[0]	Nunca							
	COLISIÓN	Control difuso	4			0	[7-10]	Siempre							
							[1-6]	A veces							
							[0]	Nunca							
Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN		(0)	(2,5)	(5)	0	[11-20]	Adecuada	10						
		Sujeto a	1												
		Resultados	1					[1-10]							Inadecuada
		Medios	2					[0]							Remisión Inexistente

INTEGRACIÓN	Analogía	1			0	[11-20]	Adecuada			
	Principios generales	1				[1-10]	Inadecuada			
	Laguna de ley	1				[0]	Remisión Inexistente			
	Argumentos de integración jurídica	1								
ARGUMENTACIÓN	Componentes	1	4		10	[18-35]	Adecuada			
	Sujeto a	1				[1-17.5]	Inadecuada			
	Argumentos interpretativos	1				[0]	Remisión Inexistente			

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01, del Distrito Judicial del Santa - Nuevo Chimbote.

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

LECTURA. El cuadro 3, revela que en cuanto a la variable en estudio: **incompatibilidad normativa no se evidenció**, por no existir conflicto normativo proveniente de instancias precedentes los cuales no fueron identificados por los magistrados supremos, pero que tomando en cuenta el cumplimiento de la validez de la norma para resolver dicho caso en materia penal se cumplió a veces, esto con la finalidad de no acarrear un conflicto normativo por los mismos Órganos Supremos y con respecto a las **técnicas de interpretación** fueron aplicadas de manera inadecuada por parte de los magistrados pese a evidenciarse un error in indicando de tipo in facto, dichos magistrados en cuanto a la *interpretación jurídica* solamente describieron parte de los hechos materia de nulidad y no fundamentaron doctrinal ni judicialmente aunado al no cumplimiento de los criterios de interpretación ; en cuanto a la *integración jurídica* no fue necesaria de emplearla debido a que no existió según el caso procesal de vacío o deficiencia en la propia ley al momento de emplear alguna de ellas; y en cuanto a la *argumentación jurídica*, se evidenció que los magistrados no señalaron explícitamente el error in indicando como tal, de igual manera con respecto a los componentes de toda argumentación

jurídica no se precisó jurídicamente sobre la ponderación de los derechos afectados y grado de intensidad, no se contó con la presencia de la premisa mayor; sin embargo se evidenció el cumplimiento de los otros componentes como la Inferencia en cascada y la respectiva Conclusión de carácter múltiple simultánea; y en cuanto a 2 parámetros relacionados a los principios esenciales de interpretación como los respectivos argumentos interpretativos de la norma jurídica no se cumplieron. Conllevando a evidenciar una sentencia con motivación aparente.

4.2. Análisis de resultados

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.

Si cumple, pero en parte. Se evidenció ciertas normas constitucionales, tales como: Principio de “In Dubio Pro Reo” (Considerando TERCERO), el Art. 139°, inciso 11 de la Constitución Política del Estado (Considerando TERCERO), y el literal e) inciso 24 del Art. 2° de la Constitución Política del Estado (Considerando CUARTO). Sin embargo, no se evidenció las demás normas relacionadas al caso: el Art. 139°, inciso 3 “la observancia del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional” de la Constitución Política del Estado.

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

Al respecto, Castillo (2012) sostiene:

La validez de una disposición jurídica consiste en que esta sea coherente y conforme a las normas que regulen el proceso formal y material de su producción normativa jurídica. Esto significa, en otras palabras, que para que una norma sea válida, además de su vigencia, es necesario que sea coherente en contenido con las normas superiores, esto es, no incompatible con ellas. Por eso nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado:

“(…) si bien, por definición toda norma valida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma valida. (...)”

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

La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma en un ordenamiento, en otras palabras; es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez

y el principio unificador de las normas de un ordenamiento, por lo que debemos de señalar que no existirá ordenamiento jurídico sin norma fundamental. (p. 6)

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

Para determinar que una norma está vigente no es necesario analizarla desde un punto de vista de su contenido y de su compatibilidad con las normas de rango superior. Desde luego, y aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente, la vigencia supone que la disposición no haya sido derogada o modificada; la vigencia ocurre entre el momento de entrada en vigor y el momento de terminación de la existencia de la disposición jurídica. (p. 7)

2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa.

No cumple, no se evidenció la exclusión de las normas por motivo que no se presentó incompatibilidad de normas y/o principios.

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

3. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, es decir la validez material.

Si cumple, pero en parte, se evidenció partes de las normas procesales, tal como: artículo 284° del Código de Procedimientos Penales.

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

4. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso.

Si cumple, pero en parte. Sólo se evidenció las normas señaladas, sin embargo, no se señaló las normas de procedimiento penal y las sustantivas que son parte de la descripción de la tipicidad; si bien es cierto que el motivo del recurso de nulidad es netamente por los medios probatorios que niegan los hechos establecidos en la denuncia, y teniendo cuenta lo descrito por los artículos 392°, 394° y 395° del Código de Procedimientos Penales en concordancia con lo dispuesto en el artículo 300° inciso 5° del texto legal citado, modificado por el artículo 1° del D. Leg. N° 959, normativas que debieron de señalarse en la sentencia suprema, situación que no se presentó.

5. Determina las causales sustantivas para la selección de normas.

No cumple, no se evidenciaron causales sustantivas de procedimiento penal, sino, se evidenció la causal adjetiva regulada en la parte infine del inciso 1, del Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales: “cuando (...) se hubiera incurrido en omisiones de garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

6. Determina las causales adjetivas para la selección de normas.

No cumple, de forma descrita no se evidenciaron la causal adjetiva del procedimiento penal, siendo en el caso en estudio, la regulada en la parte infine del inciso 1, del Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales: “cuando (...) se hubiera incurrido en omisiones de garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

Esto se relaciona con lo descrito por el impugnante (Ministerio Público) en su recurso de nulidad, cuando señala que la sentencia “no se ajusta a la verdad”, cabe señalar que el Fiscal no precisó la causal adjetiva en la que incurrió la sala, por lo que fue menester de la tesista en indicarlo conforme a los hechos descritos en el recurso de nulidad.

1.2. Colisión:

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

No cumple, no se presentó la colisión normativa, teniendo en cuenta que la misma “se entiende como aquella confrontación de normas constitucionales y legales, por sobre posición de la naturaleza de la norma”; en tal sentido, sólo existió causal adjetiva regulada en la parte infine del inciso 1, del Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales: “cuando (...) se hubiera incurrido en omisiones de garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.

No cumple, no se evidenció la aplicación del Sub Criterio de Idoneidad del Test de Proporcionalidad, siendo que en el caso en estudio debió de desarrollarse a efectos de determinar si los derechos presuntamente vulnerados fueron argumentados conforme al derecho o sólo en base a los medios de prueba que no son suficientes para determinar la culpabilidad del procesado.

En ese orden; “(...) idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar” (STC de fecha 05.06.2008, EXP.N. ° 579-2008-PA/TC, LAMBAYEQUE). De lo expuesto, y debiendo adecuarse al caso en estudio, se tiene:

Si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar:

Del tipo penal.

Artículo 170°.- Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. (Código Penal, 2006)

Antecedentes del caso.

El caso en estudio, se trata del Delito contra Libertad Sexual de menor de edad (16 años), y contra la Patria Potestad: Inducción a la Fuga de menor; el hecho materia del proceso ocurrió en el año 2006, y no se encontraba vigente la modificatoria del Artículo 170° del Código Penal, que prescribe actualmente sobre el consentimiento de las relaciones sexuales con adolescentes que sean menores de 18 años hasta 16 años. Y siendo el caso que la agraviada es una menor de edad de 16 años, y que la misma denuncia haber sido violada por el procesado en cuatro oportunidades, siendo la primera vez, cuando tenía 12 años de edad, y siendo la última vez, cuando fue llevada lejos de su casa a otro distrito, y conforme a los medios probatorios (el reconocimiento médico legal que determina que existe desfloración antigua y reciente, y siendo que el procesado acepta que es su pareja desde hace años y con la cual ha mantenido las relaciones sexuales) ofrecidos en el proceso penal, se advierte que existe coherencia con la tipificación del delito.

Del análisis del sub criterio de idoneidad

En el caso en estudio, los magistrados buscan tutelar los derechos fundamentales a la defensa de las partes procesales, debiendo garantizar el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales, en función a lo descrito por el Ministerio Público en su recurso de impugnación. Asimismo, para que se tutelen los derechos fundamentales, los magistrados deben referirse a los extremos solicitados por las partes, y complementando su argumentación en base a los medios probatorios que se ajusten al derecho.

Sobre la violación sexual.

“Los delitos de violación de la libertad sexual buscan proteger el derecho de toda persona mayor de edad a ejercitar su sexualidad en la forma que tenga por conveniente. En el caso de los menores de edad e incapaces, estos delitos protegen su indemnidad sexual, es decir, se busca preservar su sexualidad cuando no están en condiciones de decidir sobre su actividad sexual.

Estos delitos incluyen la violación sexual (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o actos análogos mediante violencia o amenaza) y los actos contra el pudor (tocamientos indebidos

en las partes íntimas o actos libidinosos mediante violencia o amenaza). En el Código Penal existen los tipos básicos de cada uno de estos delitos y los tipos agravados.”
(Ministerio Público, 2011

De los medios probatorios

El medio probatorio cuestionado por el Ministerio Público, son las declaraciones de la menor, en el sentido que, ella en su denuncia señala que fue violada por el procesado, acordándose de la edad en que fue la primera violación (12 años), pero no precisando en donde ocurrieron los hechos y la fecha, posterior a esa declaración, la menor indicó otras situaciones similares, no detallando mayor información.

Sin embargo, a la menor no se le practicó un examen psicológico para determinar si lo que decía se ajusta a la verdad o es producto de otras situaciones, por lo que no se registraron los medios suficientes respecto a este tema.

Por otro lado, debe entenderse que en el momento en que se denunció, estuvo vigente el Código Penal del año 2006, y en tal sentido, el artículo 170° (parte inicial) no señalaba que las adolescentes que tenían 18 años hasta los 16 años, podían consentir las relaciones sexuales con mayores de edad o entre sus mismos años, situación que en la actualidad es diferente por la modificatoria de la norma. En ese orden, el derecho de la menor a la libertad sexual fue vulnerado y el resultado del proceso vulnera su integridad emocional y físico de la menor.

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

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

3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.

No cumple, no se aplicó el sub criterio de necesidad, siendo necesario desarrollarlo de la siguiente manera:

El sub criterio de necesidad: comparación entre medios

“Medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin”. (STC de fecha 05.06.2008, EXP.N. ° 579-2008-PA/TC, LAMBAYEQUE).

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

En tal sentido, debió de aplicarse el derecho que se encuentra más afectado (la libertad sexual, de la menor – libertad, por parte del procesado), y teniendo en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente prescrito en el Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, que se encuentra en concordancia

con los derechos internacionales; por lo tanto, el medio adecuado es que se le haya impuesto la pena privativa de la libertad de seis años.

4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.

No cumple, no se evidenció la aplicación del Test de Proporcionalidad, siendo que en el caso en estudio debió de desarrollarse precisamente el Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto, y teniendo en cuenta el sub criterio de intensidad a efectos de determinar la culpabilidad del procesado.

En este caso, debe efectuarse en primer lugar la intensidad de los derechos:

La causal adjetiva del procedimiento penal, siendo en el caso en estudio, la regulada en la parte infine del inciso 1, del Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales: “cuando (...) se hubiera incurrido en omisiones de garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”.

a) Grado de realización u optimización del fin constitucional: debida motivación de las resoluciones judiciales (Art. 139° inc. 5 de la Constitución Política del Estado), protección al adolescente (Art. 4° de la Constitución Política del Estado, Código del Niño y del Adolescente, normas internacionales)

b) Intensidad de la intervención o afectación del derecho: la vulneración al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales comprende no sólo interpretar los hechos, pruebas y normas desde la legislación, doctrina y jurisprudencia sino también comprende argumentar y emplear los criterios sostenidos por el CNM. Cabe indicar, que el Representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad no señaló los derechos vulnerados ni la vulneración de la parte agraviada, ni mucho menos presentó otros medios probatorios que refuercen lo sostenido; sin embargo, conforme al análisis expuesto en los parámetros anteriores (sobre idoneidad y necesidad), se aprecia que cuando existen dos derechos que se encuentran enfrentados respecto al peso constitucional, deben ponderarse a efectos de determinar cuál de ello se vulneró más (pesa más), situación que tampoco efectuaron los magistrados.

Conforme a los medios probatorios –reconocimiento médico legal, declaraciones de las partes, y otros informes–, se aprecia que existen suficientes razones para establecer que la menor fue violada, y que el autor del delito fue el procesado dado que el mismo aceptó lo relatado por la menor, sin embargo, los magistrados lo absolvieron en razón

de que fue consentido, situación que no se encontró regulado en ese momento, por lo que correspondió efectuarse la pena privativa de la libertad.

2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

2.1. Interpretación:

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

No cumple, no se evidenció la aplicación de esta interpretación jurídica, conforme a los análisis de los magistrados, sólo describieron parte de los hechos materia de la nulidad (del recurso de nulidad), y no fundamentaron doctrinal, ni judicialmente su interpretación.

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

No cumple, no se evidenció la aplicación de esta interpretación jurídica, conforme a los análisis de los magistrados, sólo describieron parte de los hechos materia de la nulidad (del recurso de nulidad), y no fundamentaron doctrinal, ni judicialmente su interpretación.

3. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas penales que garantizan el proceso.

No cumple, no se evidenció los criterios de interpretación, porque no se interpretó ni siquiera conforme a lo descrito en la norma (artículo 170° -parte inicial- del Código Penal), o la literal “llamado también gramatical o filológico, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Este fue el método propio de los glosadores, que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras” (Torres, 2006, p. 552).

4. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tato

sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.

No cumple. De lo expuesto en los anteriores parámetros, los magistrados no interpretaron la norma, ni siquiera describieron el tipo penal con la parte en específica que se adecúa al caso, por lo que existe diferentes posiciones de parte del tesista; esto quiere decir que, la motivación fue aparente.

Vicios de motivación aparente

26. Existe motivación aparente cuando una determinada resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión. (STC, de fecha 08.11.2011, EXP. N.º 01939-2011-PA/TC, CUSCO)

2.2. Integración:

1. Determina la existencia de la analogía in bonam parte en la sentencia emitida por la Corte Suprema.

No cumple, no existió vacío en la ley sino una motivación aparente, por lo que no se interpretó la norma conforme a los derechos fundamentales y humanos de la menor de edad (16), y en atención a lo descrito literalmente en la norma (artículo 170º del Código Penal) sobre el delito de violación de la libertad sexual, y en atención al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

2. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema.

No cumple, no existió vacío en la ley sino una motivación aparente, por lo que no se interpretó la norma conforme a los derechos fundamentales y humanos de la menor de edad (16), y en atención a lo descrito literalmente en la norma (artículo 170º del Código Penal) sobre el delito de violación de la libertad sexual, y en atención al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

3. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia.

No cumple, no se evidenció la incompatibilidad normativa y/o de principios, por lo que no fue necesaria la aplicación de este parámetro en el caso en estudio.

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

No cumple, el caso en estudio se trata sobre motivación aparente por no interpretar los hechos materia del proceso con las normas explícitas en el Código Penal (tipo penal) y adecuarlas a los medios probatorios, por lo que no existió vacío o deficiencias en la ley.

2.3. Argumentación:

1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad.

No cumple, no se evidenció el desarrollo de los errores en la sentencias precedente por parte de los magistrados de la suprema, tampoco se evidencia que el Fiscal como representante del Ministerio Público y como defensa de la agraviada, señale las razones del recurso de nulidad conforme a derecho, pues el mismo, sólo indica que presenta el recurso de nulidad porque los anteriores magistrados “no actuaron con la verdad”, situación que descalifica su actuación por cuanto estamos frente a un caso de violación sexual de menor, y siendo que la misma, presentó violación a los 12 años, y a quién tampoco se le practicó un examen psicológico para determinar la afectación emocional de la menor. En tal sentido, existió deficiencias por parte de la defensa de la agraviada como por parte de los magistrados (Corte Suprema), pues ellos, tienen la potestad de resolver los conflictos jurídicos conforme al derecho y no vulnerando a la parte más afectada.

En consecuencia, según lo analizado, se evidenció el error in iudicando, “denominados también vicios del tribunal o infracción en el fondo, configuran irregularidades o defectos o errores en el juzgamiento, esto es, en la decisión que adopta

el magistrado”, y de tipo in facto “tiene que ver con la apreciación de los hechos por el órgano jurisdiccional, la cual, de ser deficiente (como cuando no se valora apropiadamente un medio probatorio), afecta la decisión del Juez (esto es, la declaración

de certeza sobre los hechos) y causa, por consiguiente, agravio al interesado” (UNMSM, s.f.).

2. Determina los componentes de la argumentación jurídica.

Si cumple, pero en parte. De lo expuesto anteriormente, se aprecia que si bien existe ciertos fundamentos que tienen coherencia con la parte resolutive, sin embargo, éstos argumentos no se ajustan con lo descrito en la norma -aunque sea de manera literal-, por el contrario, no precisa jurídicamente sobre la ponderación de los derechos afectados y su grado de intensidad, por ello, es una sentencia con motivación aparente.

En consecuencia, se efectuará los componentes de la argumentación jurídica, en primer lugar, los que fueron efectuados por los magistrados, y posteriormente, los realizados por el tesista.

3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.

Si cumple, pero en parte, se evidenció la premisa menor, en el extremo que este comprende “aquella que contiene el hecho real, que compuesto con la premisa mayor formará con propiedad la norma jurídica aplicable al caso concreto” (Gaceta Jurídica, 2004, p. 214). No evidenciándose la premisa mayor conforme a lo establecido por el mismo autor, cuando señala que “dentro de la teoría general del derecho la premisa mayor siempre es la definición normativa que conceptualiza la regla jurídica que será comparada con el hecho o relación de la realidad, para establecer si es capaz o no de producir efectos jurídicos” (p. 214).

En consecuencia, se efectuará los componentes de la argumentación jurídica, en primer lugar, los que fueron efectuados por los magistrados, y posteriormente, los realizados por el tesista.

Los componentes de la argumentación jurídica, efectuados por los magistrados:

a. Premisa mayor:

1) El recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria (...), por sus fundamentos pertinentes. (Parte Expositiva, vistos)

2) Existe duda razonable “in dubio pro reo”, consagrado en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú. (Considerando TERCERO)

b. Premisa menor:

1) (...) cuestiona la sentencia absolutoria señalando que el fallo no se ajusta a las pruebas que corren en autos, ni a los hechos expuestos durante la secuela del proceso, haciendo una apreciación subjetiva de los hechos ilícitos cometidos por el acusado porque no libera de responsabilidad pretendiendo inculpar a una menor de edad, al afirmar que la menor no recuerda la fecha, ni el año, ni el lugar donde sostuvo relaciones sexuales con el procesado y que ha tenido muchos enamorados con quienes ha sostenido relaciones sexuales siendo el primero un tal Carlos Manuel; agrega que el procesado ha inducido a la menor a la fuga y el argumento de que se fue por su gusto o porque no se llevaba bien con sus padres no es fundamento legal, fáctico ni jurídico para que la Sala lo absuelva”. (Considerando PRIMERO)

2) “Que de la revisión de lo actuado, se tiene que sobre el delito de violación sexual de menor, la menor agraviada no ha dado una versión uniforme sobre la imputación contra el procesado pues al prestar su declaración ante la policía, a fojas trece, sostuvo que ha mantenido relaciones sexuales en diez oportunidades con el acusado, siendo la primera vez cuando tenía doce años seis meses; mientras que en su declaración referencial de fojas noventa y uno niega haber tenido relaciones sexuales con el procesado que viene a ser su enamorado; y al ser interrogada en el juicio oral, según acta de fojas doscientos cuarenta y cinco, declara que solo una vez sostuvieron relaciones sexuales con el acusado no recordando donde fue”. (Considerando SEGUNDO)

3) “Que del Certificado Médico (...), practicado a la menor (...), concluye que ésta presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; asimismo, del Certificado Médico (...), ratificado a folios (...), aquella presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; en tal sentido, los reconocimientos médico legales acreditan la comisión del delito, mas no así la responsabilidad penal del acusado, pues la imputación solo se sustenta en una versión contradictoria de la menor agraviada, quien además ha señalado en su referencial (...), haber tenido relaciones sexuales con su primer enamorado “Carlos Manuel”, habiendo tenido otros cuatro enamorados aparte del inculpado; por su lado, el procesado a nivel policial (...) admite haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada al ser enamorados; sin embargo, en la continuación de su declaración instructiva de fojas (...) varía su versión señalando que nunca han tenido relaciones sexuales, afirmación que ha mantenido durante el desarrollo del debate oral según acta de fojas (...); por lo tanto existe duda razonable en este extremo, resultando de aplicación el principio in dubio pro reo, consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso once de la Constitución Política del Estado”. (Considerando TERCERO)

Los componentes de la argumentación jurídica, efectuados por el tesista

Sólo en el extremo de la premisa mayor:

1) La causal adjetiva del procedimiento penal, siendo en el caso en estudio, la regulada en la parte infine del inciso 1, del Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales: “cuando (...) se hubiera incurrido en omisiones de garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”, por motivación aparente.

2) Vulneración de la protección al adolescente, regulado en el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, de la motivación de las resoluciones judiciales reguladas en el inciso 3, del artículo 139° de la carta magna, del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente regulado en el Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, y demás normas internacionales de carácter fundamentales.

4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.

Si cumple: pero en parte, en el sentido que, si bien es cierto que se evidenció las inferencias, sin embargo, las mismas no se ajustan al derecho –conforme se ha indicado– por lo que sólo corresponde aplicar este parámetro en base a lo encontrado; por lo que se evidenció la inferencia en cascada, “este tipo de inferencia se produce la conclusión que se obtiene de las premisas, permite a su vez, la existencia de una consecuencia accesoria nacida de la primera. Por eso, también puede denominarse en secuencia” (Gaceta Jurídica, 2004, p. 217)

5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.

Si cumple, pero en parte. Conforme al parámetro anterior, se evidenció la conclusión múltiple de tipo simultánea; la conclusión múltiple señala que “la generalidad de los casos, particularmente en las argumentaciones jurídicas, las conclusiones son dos o más en una misma inferencia, e incluso en secuencias de inferencias conexas en una misma argumentación”, mientras que la conclusión simultánea, “si la proposición principal se encuentra acompañada de otra, porque se ha empleado una inferencia paralela o dual, según el caso, entonces, esta segunda premisa, cuya relevancia es de segundo grado, sin que para obtenerla se haya tenido que dar otra diferente que aquella que produjo la conclusión principal, se denomina conclusión simultánea”.

En el caso en estudio, la conclusión fue: “NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas (...), de fecha (...), que absuelve a (...) de la acusación fiscal por el

delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales (...); y por el delito contra la patria potestad – inducción a fuga de menor, en agravio de (...); con lo demás que contiene; y los devolvieron” (parte resolutive).

6. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional.

No cumple. No se evidenció los principios que son fundamentales al caso en estudio: Principio de coherencia normativa; Principio de congruencia de las sentencias; Principio de culpabilidad; Principio de defensa; Principio de eficacia integradora de la

Constitución; Principio de interdicción de la arbitrariedad; Principio de jerarquía de las normas; Principio de legalidad en materia sancionatoria; Principio de presunción de inocencia; Principio de razonabilidad; Principio de tipicidad; Principio de debido proceso.

7. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación.

No cumple, no se evidenció ningunos de los argumentos interpretativos, siendo que, si se hubiese condenado al procesado, en base a lo sostenido anteriormente, hubiera sido el argumento a fortiori que “se manifiesta bajo dos formas: a maiori ad minus y a minori ad maius. El primer caso se aplica a las calificaciones ventajosas, como los derechos o las autorizaciones, mientras que el segundo se aplica a las calificaciones desventajosas, como los deberes”.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, la manera en que fueron aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 00104-2006-0-2506-JR-PE-01, perteneciente al Distrito Judicial del Santa – Nuevo Chimbote, se evidenció que nunca se presentó la incompatibilidad normativa, y en cuanto a las técnicas de interpretación fueron empleadas inadecuadamente. (Cuadro Consolidado N° 3).

5.1. Conclusiones:

Sobre la incompatibilidad normativa:

1. No se evidenció en la sentencia objeto de estudio, conflicto normativo por la que desencadenará en aplicarse la exclusión de algún tipo de norma.
2. No fue necesario el empleo del control difuso pese a que siendo un poder-deber de todo magistrado, ante la no existencia de colisión de normas o ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales, inaplicar la ley incompatible con la Constitución para el caso concreto, según el artículo 138 de la Constitución.

Sobre a las técnicas de interpretación:

3. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “interpretación” derivada de sus sub dimensiones: Los magistrados de la Corte Suprema no emplearon ningún tipo de interpretación jurídica, en el sentido que solamente describieron parte de los hechos materia de la nulidad y no fundamentaron doctrinal ni judicialmente su interpretación, por lo que no evidenciaron criterios de interpretación, toda vez que ni siquiera se interpretó conforme a lo descrito en la norma.

4. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “integración” derivada de sus sub dimensiones: No se cumplió, en el sentido que conforme se aprecia de la sentencia en estudio, no se evidenció vacío o deficiencia en la ley, toda vez que se dio una motivación aparente, por no

interpretar los hechos materia del proceso con normas explícitas del Código Penal y adecuarlas a los medios probatorios.

5.2. Recomendaciones

1. Los magistrados al emitir resoluciones judiciales tienen la obligación de motivar debidamente las sentencias; más aún si se hubiere dado el caso de presencia de incompatibilidad normativa, en donde se debe cumplir con evidenciar el cumplimiento de los criterios de validez de la norma, que conllevará a un buen desencadenamiento e interpretación no solo de la norma sino del caso en sí.

2. Los magistrados a través del empleo del control difuso, en casos de incompatibilidad normativa, generará una reflexión sistemática y jurídica en base de la hermenéutica y principios de interpretación constitucional, conllevando a que si se determina que una norma no guarda coherencia constitucional la inaplica para el caso concreto llevado a su conocimiento.

3. Los magistrados de la Corte Suprema, siempre deben de emplear la técnica de la interpretación jurídica para poder desentrañar el significado o sentido de las normas debiéndolas ejecutar a profundidad en todo caso a ser dilucidado, y no solamente describir parte de hechos materia de nulidad o que interpretándose la norma no se haga conforme a lo descrito en ellas. Es por ello que toda interpretación de la norma no debe circunscribirse a lo textual de la misma sino debe ir complementada con alguna doctrina y jurisprudencia adecuada al caso penal, estableciéndose sobre patrones objetivos de carácter racional y permanente sobre los que una determinada conducta será enjuiciada tomándose en cuenta los principios de igualdad y seguridad de la interpretación.

4. Respecto a la integración como técnica de interpretación, debe por parte de los magistrados al evidenciar un vacío o deficiencia en la ley, saber aplicarla, lo que conllevará a integrar el propio derecho escogiendo al caso en concreto o bien a través de analogía, o principios generales del derecho, como saber identificar con exactitud la clase de laguna en la ley, para no generar presencia de conflicto normativo alguno.

5. En cuanto a la argumentación jurídica sobre sus componentes, deben de hallarse en forma ordenada para la mejor comprensión de las mismas y en forma explícita en la sentencia, toda vez que no es adecuado y propiamente inferir de lo desarrollado en la misma, como también determinarse la figura de los errores, toda vez que permite corroborar la materialización no solo de la Nulidad, sino la de poder determinar si los derechos que señaló el impugnante fueron realmente vulnerados o no; así como de aplicarse principios y normas que respalden sus argumentos, siendo dichos preceptos constitucionales o fundamentales; por lo que todo ello conlleva a que se requiera de precisarse jurídicamente sobre la ponderación de los derechos afectados y grado de intensidad para evitar acarrear en una sentencia con motivación aparente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, M. (2010). *El Delito de Violación Sexual. Análisis Dogmático, Jurídico – Sustantivo y Adjetivo*. Lima: Adrus.
- Cáceres, R. E. (2017). *LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL*. Apuntes constitucionales y procesales sobre las nulidades en el auto apertorio de instrucción. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Cáceres, R. E. (2010). *LAS NULIDADES EN EL PROCESO PENAL*. Análisis Doctrinal y Jurisdiccional. Lima, Perú: Juristas Editores E.I.R.L.
- Castillo, J. (2004) Interpretación Jurídica. En Castillo, J. Luján, M. & Zavaleta, R. *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. (pp. 97-146)
- Castillo Calle, M. A. (2012). Criterios de validez de la norma jurídica. LA NORMA JURÍDICA EN EL SISTEMA LEGISLATIVO PERUANO [en línea]. En, *Portal Derecho y Cambio Social*. Recuperado de: http://www.derechoycambiosocial.com/revista028/norma_juridica.pdf (04.12-2017)
- Castillo, J.L. (2002). *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*. Perú: **Gaceta Jurídica**.
- Chiassoni, P. (2010). Antinomias. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II.Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 269-317). Lima, Perú: Ara.
- C.S.J.R. (01, febrero 1999). Casación. Exp. N° 720-97-Lima. *Corte Suprema de Justicia de la República*. En, Cáceres, 2010. (p.71). Lima, Perú.
- C.S.J.R. (2006). Casación. Exp. N° 3706-2006. *Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, Perú.

C.S.J.R. (04, octubre 2007). Fundamento Noveno. Casación. Exp. N° 3621-2007-Cuzco. *Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, Perú.

Figuroa, E. (2014). Importancia de la debida motivación: sus implicancias desde la argumentación. En, Figuroa, E. *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas*. (pp. 17-22). Lima, Perú: Gaceta Constitucional.

Figuroa Casanova, C. (s.f.). DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. Recuperado de:

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2231_09_aspectos_juridicos_dcls.pdf

Figuroa Casanova, C. (s.f.). DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. Recuperado de: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2231_09_aspectos_juridicos_dcls.pdf

Gaceta Jurídica. (2004). *RAZONAMIENTO JUDICIAL. INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*. (1era. Ed.). Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.

Gascón, M. (2003). La actividad judicial: problemas interpretativos. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 93-126). Lima, Perú: Palestra.

Gascón, M. (2003). Particularidades de la interpretación constitucional. En, Gascón, M. & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 265-299). Lima, Perú: Palestra.

Gascón, M. & García, A. (2003). Papel del Juez en el Estado de Derecho. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 15-16). Lima, Perú: Palestra.

García, M. (2003). La cuestión de los principios. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 228-256). Lima, Perú: Palestra.

Glave.C. (2012) investigo "*el Recurso de casación en el Perú*.- presente artículo es reflexionar sobre el rol que cumple la Corte Suprema de Justicia de la República en nuestro país.

Guastini, R. (s.f.). Conflicto normativo - Incompatibilidad normativa. *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. En, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2. N° 08. (agosto, 2007). Lima, Perú: Palestra del Tribunal Constitucional. Recuperado de: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderacion_un_analisis.pdf. (09.12.2017)

Guastini, R. (2010). La interpretación de la Constitución. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico. V. II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 41-44). Lima, Perú: Ara.

Guías Jurídicas. (s.f.). Interpretación de las normas jurídicas [en línea]. En, *Portal de Guías Jurídicas*. Recuperado de: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjA2NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAP-YkJjUAAAA=WKE (28.12.2017)

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

Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Compean Ortiz, L. y Reséndiz Gonzáles, E. (2008). El diseño en la investigación cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. y Carraro, T. *Investigación cualitativa en enfermería*:

contexto y bases conceptuales. Serie PALTEX Salud y Sociedad 2000 N° 9. (pp.87-100). Washington: Organización Panamericana de la Salud.

MINJUS. (2016). Código Penal. Recuperado de:
http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf (23.02.2017).

Ministerio Público. (s.f.). Test de Proporcionalidad. Recuperado de:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf (23.02.2018).

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

Meza, E. (s.f.). 2. Vicios en la argumentación. *Argumentación e interpretación jurídica* [en línea]. En, REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL.

Recuperado de: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf
(10.01.2017)

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

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

Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de:
http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/(28.01.2017)

- Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: [http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/\(28.01.2017\)](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSupremaPJ/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_imagen_prensa/AS_servicios_ayuda/as_diccionario/(28.01.2017))
- Perú. Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Superior de Justicia. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: [http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S\(28.07.2015\)](http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S(28.07.2015))
- Perú. Ministerio Público. (2011). DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LIMA METROPOLITANA Y CALLAO. Recuperado de: https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/observatorio/estadisticas_/20120222125356132993323617690.pdf (23.02.2017)
- Perú. (2013). Constitución Política del Estado. Recuperado de: <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf> (23.02.2017)
- Perú. Ministerio Público. (2011). DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LIMA METROPOLITANA Y CALLAO. Recuperado de: https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/observatorio/estadisticas_/20120222125356132993323617690.pdf (23.02.2017)
- Ramírez Á, G.F. (2006) “*El Recurso de Nulidad en el Código Procesal Penal 2000*” [en línea]. Memoria de Grado no publicada. Recuperado de: http://www.unap.cl/prontus_unap/site/artic/20110201/asocfile/20110201114807/tesis_17.pdf(28.01.2017)
- R.N. (2005). Recurso de Nulidad N° 1903-2005-Arequipa. Sala Penal. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/551c6e8043eb7aeaa2a9e34684c6236a/2.+Seccion+Judicial-Salas+Penales.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=551c6e8043eb7aeaa2a9e34684c6236a> (28.01.2017)
- Rubio Correa, M. (s.f.). 7. LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EN, *THEMIS Revista de Derecho*. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_051.pdf (20.12.2017)

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

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

Rubio Correa, M. A. (2013). Principio de constitucionalidad de las leyes. *LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

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

Sánchez Mercado, M.Á. (2011). El Delito de Violación Sexual de Menor en el Nuevo Proceso Penal. *Estudio y Jurisprudencia*. Lima: BLG

Sánchez Moreno, J. U. (1996). Violación a la libertad sexual desde la perspectiva de género. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15833/16265>

STC. (2003). Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (03, Enero2003). Exp. N° 0010-2002-AI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (14, Abril2003). Exp. N°0729_2003-HC_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (16, Abril2003). Exp. N° 2050_2002_AI_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (14, Agosto 2003). Exp. N° 0905_2001_AA_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (03, Octubre 2003). Exp. N° 0005_2003_AI_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (11, Noviembre 2003). Exp. N° 0008_2003_AI_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (01, Diciembre 2003). Exp. N° 0006_2003_AI_TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (29, Octubre 2005). Exp. N° 0045-2004-PI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (29, Octubre 2005). Exp. N° 0045-2004-PI-TC. Fundamento 33. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (2005). Exp. N° 8125-2005-HC/TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (26, Abril 2006). Exp. 0018-2003-AI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (21, Noviembre 2007).Exp. N° 0027-2006-PI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú.

STC. (2008). Exp. N° 0003-2008-PI-TC. *Sentencia del Tribunal Constitucional* N°0004-2006-PI/TC. Lima, Perú.

STC de fecha 05.06.2008, EXP.N. ° 579-2008-PA/TC, LAMBAYEQUE. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html> (23.02.2017)

STC de fecha 05.06.2008, EXP.N. ° 579-2008-PA/TC, LAMBAYEQUE. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html> (23.02.2017)

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Human/jeri_cj/Cap1.pdf

STC, de fecha 08.11.2011, EXP. N.º 01939-2011-PA/TC, CUSCO. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01939-2011-AA.html>

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Human/jeri_cj/Cap1.pdf

STC, de fecha 08.11.2011, EXP. N.º 01939-2011-PA/TC, CUSCO. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01939-2011-AA.html>

Torres, A. (2011). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO*. (4ta. Ed.). Lima, Perú: Idemsa.

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

Torres, A. (2006). V. Los principios generales del Derecho. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.

Torres, A. (2006). III. Integración del Derecho. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.

Torres, A. (2006). Métodos de interpretación. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.

Universidad de Celaya (2011). *Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya*. Centro de Investigación. México. Recuperado de: http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf. (23.11.2017)

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

Zavaleta, R. (2014). 2.2.2. Argumentos interpretativos. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Colec. Derecho & Tribunales. N° 6. Lima, Perú: Grijley.

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

A N E X O S

ANEXO 1

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

OBJETODEES TUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA – MOTIVACIÓN DEL DERECHO)	INCOMPATI BILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<ol style="list-style-type: none"> 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) 2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) si cumple/no cumple
			Validez material	<ol style="list-style-type: none"> 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) 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) 3. Determina las causales sustantivas para la selección de normas. (Basadas en los principios establecidos por la doctrina: a) Principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento penal; b) Principios relacionados con la iniciación del procedimiento penal; c) Principios relacionados con la prueba; y, d) Principios relacionados con la forma) 4. Determina las causales adjetivas para la selección de normas. (Basadas en el Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)
		Colisión	Control difuso	<ol style="list-style-type: none"> 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	Sujetos	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial)
		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 el sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)
	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)
		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)
		Laguna de ley	1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (Antimonías)
		Argumentos de integración jurídica	1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración.
	Argumentación	Componentes	1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad. (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) 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)

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

ANEXO 2

<p>CUADRO DESCRIPTIVOS DEL PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN, ORGANIZACIÓN, CALIFICACIÓN DE LOS DATOS Y DETERMINACIÓN DE LAS VARIABLES (EN MATERIA PENAL)</p>

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 tiene 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	Subdimensiones	Calificación			De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión
			De las subdimensiones					
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Exclusión	Validez Formal			X	8	[10-15]	10
		Validez Material					[1 -9]	
	Colisión	Control difuso			X	2	[0]	
Variable	Dimensiones	Subdimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos		X		12	[11-20]	32
		Resultados			X			
		Medios			X			
	Integración	Analogías	X			0	[11-20]	
		Principios generales	X					

		Laguna de ley	X				
		Argumentos de interpretación jurídica	X				
Argumentación	Componentes			X		20	[18-35]
	Sujeto a	X					
	Argumentos interpretativos			X			

Ejemplo: 7, está indicando que la incompatibilidad normativa siempre existe en las sentencias emitidas por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 10; asimismo, se evidencia que en la aplicación de las técnicas de interpretación en dicha sentencia fue inadecuada, lo cual se refleja con una calificación de 32.

Fundamentos:

- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la incompatibilidad normativa, como: la Exclusión, y la Colisión.
- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación, Integración, y la Argumentación.
- El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo al hallazgo obtenido de los indicadores.
- Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 4.
- La determinación de los valores y niveles de aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa, se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

A. Incompatibilidad normativa

[16-25]=Cada indicador se multiplica por 2,5=Siempre

[1-15] =Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[0]= Cada indicador se multiplica por 0 = Nunca

B. Técnicas de interpretación

[38-75]=Cada indicador se multiplica por 5=Adecuada

[1-37.5] =Cada indicador se multiplica por 2,5 = Inadecuada

[0] = Cada indicador se multiplica por 0 = Por remisión inexistente

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

ANEXO 3
DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre Violación sexual-violación sexual de menor de edad y Patria Potestad – inducción de fuga de menor, contenido en el expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 en casación, proveniente del Distrito Judicial Del Santa, Nuevo Chimbote.

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

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

Chimbote, 9 de Marzo de 2018

María Julia Delgado Regalado

DNI N°15697137

ANEXO 4

REPÚBLICA DEL PERÚ



PODER JUDICIAL

(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIO R.N.N° 315-2008 SANTA,

Lima, veinticuatro de abril de dos mil ocho. -

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria de fojas doscientos sesenta y tres, de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete; por sus fundamentos pertinentes; interviene como ponente el señor Vocal Supremo Santos Peña; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el representante del Ministerio Público en la fundamentación de su recurso de nulidad, de fojas doscientos setenta y uno, cuestiona la sentencia absolutoria señalando que el fallo no se ajusta a las pruebas que corren en autos ni los hechos expuestos durante la secuela del proceso, haciendo una apreciación subjetiva de los hechos ilícitos cometidos por el acusado porque lo libera de responsabilidad pretendiendo inculpar a una menor de edad, al afirmar que la menor no recuerda la fecha, ni el año, ni el lugar donde sostuvo relaciones sexuales con el procesado y que ha tenido muchos enamorados con quienes ha sostenido relaciones sexuales siendo el primero un tal Carlos Manuel; agrega que el procesado ha inducido a la menor a la fuga y el argumentos de que se fue por su gusto o porque no se llevaba bien con sus padres no es fundamento legal, factico ni jurídico para que la Sala lo absuelva, **Segundo:** Que de la revisión de lo actuado, se tiene que sobre el delito de violación sexual de menor, la menor agraviada de iniciales C.L.G.V. no ha dado una versión uniforme sobre la imputación contra el procesado pues al prestar su declaración ante la policía, a fojas trece, sostuvo que ha mantenido relaciones sexuales en diez oportunidades con el acusado, siendo la primera vez cuando tenía doce años y seis meses; mientras que en su declaración referencial de fojas noventa y uno niega haber tenido relaciones sexuales con el procesado que viene a ser su enamorado; y al ser interrogada en el juicio oral, según acta de fojas doscientos cuarenta y cinco, declara que solo una vez sostuvieron relaciones sexuales con el acusado no recordando en donde fue. **Tercero:** Que, el certificado Médico Numero P-Cero novecientos setenta y cuatro, obrante fojas dieciséis, practicado el dieciocho de abril de dos mil seis a la menor agraviada de iniciales C.L.G-V concluye que esta presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; asimismo e certificado Médico número JPEN – cero cuarenta y nueve, de fojas sesenta y tres, practicado el tres de mayo de dos mil seis a la citada menor,

ratificado a fojas ochenta y ocho también concluye que aquella presenta desfloración antigua y signos de acto contranatura antiguo; en tal sentido, los reconocimientos médicos legales acreditan la comisión del delito, mas no así la responsabilidad penal del acusado, pues la imputación solo se sustenta en la versión contradictoria de la menor agraviada, quien además ha señalado en su referencial de fojas noventa y uno haber relaciones sexuales con su primer enamorado "Carlos Manuel, habiendo tenido otros cuatro enamorados aparte del inculpado; por su lado, el procesado a nivel policial a fojas diez admite haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada al ser enamorados; sin embargo, en la continuación de su declaración instructiva de fojas cuarenta varia su versión señalando que nunca han tenido relaciones sexuales, afirmación que ha mantenido durante el desarrollo del debate oral según acta de fojas doscientos veintisiete; por lo tanto existe duda razonable en este extremo, resultando de aplicación el principio *in dubio pro reo*, consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso once de la Constitución Política del Perú. **Cuarto:** Que, sobre el delito de inducción a fuga de menor, la menor agraviada de manera uniforme y coherente ha sostenido que por su propia decisión abandono el hogar de sus padres, no habiendo sido obligada por el acusado a retirarse de su hogar; aunado a ello, la madre de la menor doña Epifania Valle Torres ha referido que la menor aprovecho la hora de la noche para retirarse del hogar; además cuando el acusado se encontraba detenido en el Establecimiento Penal la citada menor volvió a abandonar su hogar porque quería ver a su enamorado, mientras que el procesado ha negado en forma contundente la imputación por este delito, no habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste al estar consagrado en el literal e= inciso veinticuatro, articulo dos de la Constitución Política del Perú, encontrándose arreglada a ley la absolución del sentenciado; resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de folios doscientos sesenta y tres, de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete, que absuelve a **Alfonso David García Gámez**, de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor edad, en agravio de la menor de iniciales C.L.G.V; y por el delito contra la Patria Potestad -inducción a fuga de menor en agravio de Edgardo Epifanio Genebroso Ávila y Epifania Valle Torres; con lo demás que contiene.)

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

SANTOS PEÑA

ROJAS MARAVI

CALDERON CASTILLO

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°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial del Santa –Nuevo Chimbote. 2018

	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°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial del Santa –Nuevo Chimbote, 2017	Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N°00104-2006-0-2506-JR-PE-01 del Distrito Judicial del Santa –Nuevo Chimbote. 2017
	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)
	Respecto a la incompatibilidad normativa	Respecto a la incompatibilidad normativa
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material?	Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso?	Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
	Respecto a las técnicas de interpretación	Respecto a las técnicas de interpretación
ESPECÍFICOS	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta a la integración en base a la analogía, a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a la analogía, a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.

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

1. INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

1.1. Exclusión:

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)*

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. *(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. Determina las causales sustantivas para la selección de normas. *(Basadas en los principios establecidos por la doctrina: a) Principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento penal; b) Principios relacionados con la iniciación del procedimiento penal; c) Principios relacionados con la prueba; y, d) Principios relacionados con la forma)*

6. Determina las causales adjetivas para la selección de normas. *(Basadas en el Artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, las cuales deberán estar debidamente fundamentadas, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)*

1.2. Colisión:

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

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

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

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

2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

2.1. Interpretación:

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

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

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

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

2.2. Integración:

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

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

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

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

2.3. Argumentación:

1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad. *(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.*