



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**EL ROL DE LAS SALAS PENALES SUPREMAS EN EL MARCO DEL ESTADO  
CONSTITUCIONAL**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAGÍSTER CON  
MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**Presentada por:  
José Willmer Cabel Noblecilla  
Cod. 20143708**

**ASESOR: Prof. Lorenzo Bujosa  
Vadell**



*Esta investigación es dedicada a Dios en primer lugar, por permitirme cumplir una de mis metas, guiarme y brindar sabiduría. En segundo lugar, a mi madre Hilda, así como a como mis hermanos, William, Miguel, Judith y Erick que, con todos sus consejos y apoyo, han logrado en mi persona, mucha seguridad y confianza para alcanzar todas mis metas profesionales en la vida y seguir creciendo como persona y como abogado.*

*También, desde luego una mención, a todos los profesores que me motivaron, aconsejaron y creyeron en mi persona, como son: Lorenzo Bujosa Vadell, José Neyra Flores, José Silva Vallejo, Omar Sumaria Benavente y Arsenio Ore Guardia, entre muchos, difícil de nombrarlos porque cada uno ha contribuido de manera directa e indirecta para lograr culminar mi investigación.*

*Como olvidarme de mis compañeros de aula, que, con su apoyo y consejo, pude terminar mi investigación, como es la de mi compañero y amigo Miguel Ángel Dapello Sarango y todos aquellos que, de una u otra forma, me apoyaron para culminar satisfactoriamente mi tesis.*

## ÍNDICE

Índice	
INTRODUCCIÓN .....	6
CAPÍTULO I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, VISIÓN PANORÁMICA EN LA MEDIDA QUE FORTALECE A LA CORTE SUPREMA .....	9
1. ORIGEN, FORMACIÓN Y NACIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	9
1.1. El origen y formación de Estado .....	9
1.1.1. Concepto y Características.....	10
1.1.2. El nacimiento del estado constitucional .....	11
1.1.3. La Constitución en sentido Formal y Material .....	12
1.2. La constitución de los estados constitucionales.....	14
1.2.1. Definición respecto de los Estados Constitucionales .....	14
1.2.2. Aproximaciones al Estado Constitucional.....	16
1.3. La jerarquía de la Constitución dentro del marco de un Estado Constitucional.....	17
1.3.1. Aproximaciones .....	17
1.3.2. Importancia del Derecho Constitucional en el Estado Constitucional.....	18
1.3.3. Criterios de interpretación constitucional.....	20
1.4. Las garantías dentro del proceso penal en un estado constitucional .....	22
1.4.1. Importancia de las garantías en el proceso penal.....	22
1.4.2. El debido Proceso como parámetro para un cumplimiento eficaz.....	28
1.4.3. Principios constitucionales .....	31
1.5. Los jueces supremos en aplicación a la teoría constitucional.....	33
1.5.1. Como usan los jueces la teoría constitucional.....	33
1.5.2. Los límites de la Ley .....	35
1.5.3. La interpretación orientada a principios .....	38
1.5.4. El juicio como fuente jurídica: ¿Los Jueces crean Derecho?.....	38
1.5.5. Aproximación ostensiva: El ámbito espacial “juzgar” .....	41
1.6. La crisis y el futuro del paradigma del Estado constitucional .....	44
1.6.1. La crisis actual del paradigma constitucional.....	44
1.6.2. El futuro del constitucionalismo en el paradigma del Estado Constitucional .....	44
CAPÍTULO II. LOS ROLES QUE DEBERÍAN DE CUMPLIR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA FRENTE AL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN LA ACTUALIDAD.....	46
1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN .....	46
1.1. La creación del Tribunal de Casación .....	46
1.1.1. Características principales .....	47

1.1.1.1.	Función exclusivamente nomofiláctica.....	47
1.1.1.2.	Prohibición de conocer los hechos y el fondo del asunto .....	48
1.1.1.3.	Reducido control de legalidad .....	48
1.1.1.4.	La uniformización de la jurisprudencia.....	50
1.1.1.5.	La dikelogia.....	51
1.1.1.6.	Notas esenciales del recurso de casación .....	52
2.	FINES LA CASACIÓN PENAL .....	53
2.1.	Fines aparentes de la casación.....	54
2.2.	Fines estrictos de la casación. ....	55
2.2.1.	Fin principal .....	55
2.2.2.	Fines mediatos.....	56
3.	NATURALEZA DE LA CASACIÓN PENAL.....	57
4.	LA LIBERTAD Y LA LEGALIDAD .....	58
4.1.	Legalidad y justicia .....	58
4.2.	La legalidad e igualdad.....	59
4.3.	Crítica del sistema de la legalidad .....	59
4.4.	La legalidad como base del Estado de Derecho.....	60
5.	LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA QUE DEBE ADOPTAR TAMBIÉN LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA .....	61
5.1.	Una Corte Suprema para el ciudadano.....	61
5.2.	La labor central de los jueces penales supremos .....	63
5.3.	¿Existe la necesidad de instituir un filtro recursal para un correcto desempeño en la función de la Sala Penal de la Corte Suprema?.....	64
5.4.	Importancia de la voluntad de interpretar de los juzgadores.....	66
6.	LOS NUEVOS PARADIGMAS QUE DEBE TENER LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL .....	68
6.1.	La casación penal, como protector del <i>ius litigatoris</i> .....	69
6.2.	La de resolver el caso concreto – <i>ratio decidendi</i> .....	70
6.3.	Las máximas de la experiencia, para el caso en concreto que tenga que resolver y los demás pendientes de resolver .....	71
6.3.1.	La de admitirse pruebas en vía Recurso de Casación Penal, en defensa de la igualdad y beneficio del imputado. ¿Alteraría la naturaleza del recurso?.....	74
6.3.2.	La casación penal como cuestión de hecho y prueba.....	76
6.3.3.	Un recurso de Casación extendida a favor del imputado .....	78
6.3.4.	La infracción al principio de presunción de inocencia como derecho fundamental ¿es recurrible vía recurso de casación penal? .....	80
6.3.5.	Un recurso de casación penal por «interés casacional».....	83

6.3.6. Acceder al recurso cuando persista una infracción a la dicotomía de la prueba. Con ello se propone un “acceso al recurso de oficio” .....	84
7. LA CONSTITUCIÓN INMERSA EN EL ROL DEL DERECHO PROCESAL PENAL .....	85
CAPÍTULO III. PROPUESTA DE REFORMA COMO APOORTE AL DERECHO .....	88
1. PLANTEAMIENTO PARA UNA ADECUADA REFORMA NORMATIVA RESPECTO DEL ROL DE LA SALA PENAL SUPREMA,.....	88
2. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PROBLEMA INVESTIGADO, MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 427. INCISO 4 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO EN CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULO 430 INCISO 3 Y 429 INCISO 5 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO. ....	93
2.1. Propuesta de norma jurídica.....	95
3. RECOMENDACIÓN.....	104
CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107



## INTRODUCCIÓN

En estos tiempos actuales, en donde la Constitución debe estar por encima de toda ley, haciendo valer la defensa de los derechos fundamentales, con un respeto al debido proceso en torno del imputado, y el justiciable, es por ello, esta investigación trata de constituir lineamientos, que son indispensables para poder llegar a pensar de que la Sala Penal de la Corte Suprema, vía su recurso de casación penal, que he escogido dicho recurso, para esta investigación en donde se desea y me enfocare respectivamente en su rol que éste debe de tener, para adecuar el recurso en la procedencia.

No se procura una investigación en su totalidad respecto al recurso de casación penal, ni buscar un modelo adecuado, sino buscar soluciones para una mejor procedencia y acceso al recurso, por ello, hay criterios puntuales que nos permiten abrir los ojos al estudio de esta disciplina por así llamarlo, sobre todo lo relacionado y que está prescrito en el artículo 427.4 del Nuevo Código Procesal Penal, “casación excepcional” fijando el parámetro de *certiorari* sin serlo, y llevando un nombre de “excepcional” sin serlo. Por esta razón, se ha propuesto una modificatoria al artículo en mención y a sus artículos afines.

En ese sentido, consideró que el recurso de casación puede dissociarse de las restricciones que por años se ha venido estudiando e investigando en las aulas universitarias. Es por ello, que como parte de la propuesta, que la uniformización de la jurisprudencia, debe en sentido lato, debe garantizar el derecho a la igualdad en atención significativa a una correcta aplicación de la ley, para con ello garantizar la certeza y seguridad jurídica, en respecto a la infracción de la norma constitucional en sentido lato, como una de las causales propuestas.

Si bien, la investigación no es de Recurso de Casación, se toca temas relacionales a los fines de la casación, como lo ve ahora la doctrina, que a lo largo del desarrollo de la tesis, hay nuevos paradigmas, que para algunos no son más que desnaturalizar el recurso, pero en la actualidad ya se respira la constitucionalización del derecho procesal, está tomando fuerza y por esa razón, los roles deben de enfocarse de otra manera posible, en salvaguarda del justiciable y del imputado.

En consecuencia, pretendemos despejar series de cuestionamientos, que se pretenden dar un giro adecuado alineado al Estado Constitucional, para establecer ciertos roles, paradigmas, funciones e interpretaciones, lograr lo que efectivamente se requiere que el rol de la Salas Penales Supremas: a de fijar estándares de control ante cualquier infracción a la norma constitucional, garantías inmersas en esas normas, aplicadas a criterios de ampliar dicho acceso al recurso, y no sólo para el desarrollo de crear doctrina jurisprudencial.

En materia penal en un Estado de Derecho, prima la Legalidad, (muchas veces incorrectamente interpretada de manera literal, esto es, lo que reza la ley debe cumplirse), lo cual da lugar a ciertas incongruencias en cuanto a la protección de los derechos fundamentales que son inherentes al encausado, como por ejemplo el de la libertad en vista que en ella se enmarca sub derechos (presunción de inocencia, la vida, etc.), lo cual ya sale del parámetro del Estado de Derechos, porque ello no es su razón de ser, sino es enmarcada dentro de un correcto uso e interpretación de legalidad, es decir; no es un Estado de Derecho meramente formal.

Resulta inconcebible ante esta pregunta: ¿Qué derechos fundamentales están protegidos en un delito?, interrogante que no se la cuestionan los jueces al momento de proveer sus fallos en instancia, lo que se debe tener claridad según los casos concretos es la de uniformizar jurisprudencia no sólo jurídicamente sino en lo concerniente a hechos, sólo con ello se logrará que nuestra corte única se vea concentrada en buscar correctas interpretaciones de los hechos y el derecho, porque no se trata de aumentar el número de magistrados, ni aumentar el número de salas penales, sino enfocarse en el caso concreto, resolverlo adecuadamente, dado que es el último recurso que tiene el imputado para recobrar su libertad.

Sin embargo, en los casi 10 años de vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en temas de Casación Penal, se advierte que aún con las limitaciones legislativas que el Código prevé, la Corte Suprema conoce de una gran cantidad de causas y ello apunta a que en los próximos años el aumento sea mayor; dado que el 99% de causas son declaradas Inadmisibles, aun teniendo vulneraciones a derechos

fundamentales. Por ello, al final de la investigación se recomienda un acceso de oficio al recurso de casación, con supuestos. Que serían viables.

Otro problema es lo referido a la limitación de los hechos y reglas probatorias, por ello, se busca dar soluciones, en base a la doctrina que se está discutiendo que debe seguir la ruta del planteamiento del recurso del encausado en salvaguarda de sus derechos fundamentales entre ellos el de la libertad, los magistrados de la Corte, solo interpretan el derecho, ya se explicó el porqué de ello, pero resulta lógico también interpretar los hechos en causas en donde sean notorias graves afectaciones a los derechos fundamentales y el planteamiento del Recurso del encausado esté justificado.

Es por ello, que, en el marco de un Estado Constitucional, se busca que los Jueces tutelen en defensa de los derechos fundamentales en favor del encausado, como lo hacen, restringiendo accesos, tener una sala descongestionada, interpretando los hechos (en mi propuesta aplicando una nueva prueba nueva sobrevenida) la Sala Penal Suprema debe primar la uniformización de la interpretación jurídica en la jurisprudencia dado, que la discusión de los hechos a nivel penal es fundamental y trascendente porque en penal, se busca lo más próximo a la verdad material, dado que no quisieras imponer una pena sin tener certeza de la existencia de los hechos ilícitos que garantice totalmente y no sólo el derecho.



# CAPÍTULO I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, VISIÓN PANORÁMICA EN LA MEDIDA QUE FORTALECE A LA CORTE SUPREMA

## 1. ORIGEN, FORMACIÓN Y NACIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1.1. El origen y formación de Estado

Para el profesor NÚÑEZ RIVERO, quien tiene una visión particular respecto de los orígenes del Estado como la de su formación, por ello, indica que pocos vocablos como el del Estado han llegado a ser objetivo de tantas interpretaciones y significados diferentes, aunque todos hayan intentado referirse a la forma de organización de una comunidad determinada en un momento histórico concreto, relacionándola con el territorio donde se desarrolla la misma.

Es el florentino MAQUIAVELO, que en las primeras líneas del capítulo I de su inmortal obra “El Príncipe” utiliza el termino Estado por primera vez en una acepción próxima a la concepción que del mismo tenemos, relacionándola con el máximo poder existente: la soberanía.

El fenómeno de conformación del Estado se produce en el inicio de la Edad Moderna mediante la emergencia del Estado Monarquía Autoritarias, que pone fin al largo periodo del medioevo. Es por ello, que resultaremos ahora algunas de las características de esta sociedad políticamente organizada propia de este tipo de Monarquía, en contraposición al tipo de organización existente en períodos anteriores.

En Europa durante el largo periodo anterior al Renacimiento conocido como Edad Media, que se inicia tras la desmembración del Imperio Romano, la forma de organización social, política y económica había sido el Feudalismo (...)” (NÚÑEZ RIVERO, GOIG MARTÍNEZ, NÚÑEZ MARTÍNEZ, 2010, págs. 12-16).

### 1.1.1. Concepto y Características

El profesor GOIG MARTÍNEZ, señala que es nuestro objetivo posibilitar una concepción del Estado que nos resulte eficaz para el análisis de una sociedad políticamente organizada, y valida tanto para el pasado como para el presente, aun admitiendo las múltiples transformaciones que se han producido al respecto. Es por ello, que anunciamos nuestro propósito de no adentrarnos en interpretaciones que sobre el fenómeno estatal pueden hacerse desde las diversas disciplinas y concepciones, tales como concepciones meramente sociológicas, organicistas, deontológicas o simplemente jurídicas. En este sentido, y en un intento de conceptualizar el fenómeno estatal nos referiremos al mismo cuando se produce que una población determinada, habita permanentemente un territorio delimitado y está sujeta a un conjunto de normas e instituciones concretas.

Del intento de definición anterior se desprende la existencia de varios elementos o componentes del fenómeno estatal. De esta forma, en virtud de que se cumplan estaremos hablando de un Estado: o bien refiriéndonos a otras formas preestatales u organizaciones de otra índole. Los tres elementos que hemos destacado en el Estado y sin los cuales no existe el mismo son: el pueblo, el territorio y el poder:

Sin embargo, es necesario considerar que el Estado no es una mera suma aritmética de los tres elementos anteriormente citados, sino que estos alcanzan una interacción determinada conexiados entre sí, constituyendo una unidad que no puede ser considerada separadamente y es lo que da sentido precisamente al concepto Estado, se trata en suma de un ente nuevo. Así pues, como indica HELLER, al analizar estos elementos del Estado, no hay que olvidar en ningún caso que solo adquieren plena actividad y realidad en su reciproca interrelación. La afirmación anterior no quiere decir que estos tres elementos no puedan existir separadamente conformando

situaciones determinadas, lo que se afirma es que esas situaciones no determinan la existencia estatal.

Es por ello, que no deben confundirse los elementos del Estado con el Estado, así si nos referimos a los españoles o los franceses estamos hablando de un pueblo con unas características determinadas, diferentes de otros pueblos o naciones, pero no al Estado Español o Francés, que solo existe desde finales del siglo XV el primero y a comienzos del XVI el segundo. Aunque el proceso de gestación de los mismos comenzara en siglos anteriores (...)" (NUÑEZ RIVERO, GOIG MARTÍNEZ, NÚÑEZ MARTÍNEZ, 2010, págs. 17-23).

### **1.1.2. El nacimiento del estado constitucional**

La profesora NÚÑEZ MARTÍNEZ, ha trabajado loablemente este punto, respecto de que correlato en forma sencilla, como surge el Estado Constitucional. A decir que "en su primera formulación podemos destacar la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, y la Constitución de Francia de 1791, así como la gaditana de 1812 en el caso español e hispanoamericano.

La creación del Estado de Derecho, como se indicó anteriormente pone fin al Antiguo régimen y a la sociedad estamental, y es consecuencia del mismo la burguesía accede al poder político, y se establecen las bases para el desarrollo de la sociedad de clases.

En su periodo se caracteriza por la formación de los Estados Liberales, cuyas características fundamentales son:

- a. Declaración de los Derechos y libertades del ciudadano. Destaca el carácter individual de los mismos, ya que no se incluyen los de índole social y económicos.
- b. División de poderes, en el sentido de que los tres poderes tradicionales del Estado: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial sean independientes entre sí o no serán desempeñados por

las mismas personas. Sin embargo, suele apreciarse una cierta tendencia al predominio parlamentario, en cuanto que se considera depositario a la voluntad de la nación.

- c. Sometimiento de los ciudadanos y de los poderes al Derecho, que se concreta en el imperio de la ley como expresión de la voluntad nacional, y que marca los límites de la actuación tanto del poder como de los ciudadanos.
- d. Soberanía Nacional. El poder constituyente reside en la Nación, de donde se deriva el texto constitucional, así como la organización de los poderes constituidos del Estado (...)” (NUÑEZ RIVERO, GOIG MARTÍNEZ, NÚÑEZ MARTÍNEZ, 2010, págs. 23-28).

### **1.1.3. La Constitución en sentido Formal y Material**

Si existe un punto en el que la doctrina concuerda es en la doble perspectiva, formal y material, conceptos que han sido frecuentemente utilizados, para abordar el concepto de Constitución.

Desde el punto de vista material, la Constitución ha sido contemplada como el modo real de ser del orden político fundamental, la Constitución, como resultado de la evolución secular de un pueblo y no como el producto de una asamblea constituyente.

GUASTINI respecto de la constitución en sentido material, tiene una particularidad, al momento de referirse a tal definición y reza así:

- a. “Se habla de Constitución material para referirse a las normas que, en cualquier ordenamiento, determinen la “forma de Estado” y la “forma de gobierno”.
- b. Se habla de Constitución material para referirse al conjunto de normas sobre la legislación.
- c. Para designar la “decisión política fundamental del titular del poder constituyente”.

- d. Se habla de Constitución material para referirse al régimen político vigente en un Estado.
- e. Es utilizada como sinónimo de Constitución Viva (...)” (GUASTINI, 2001, págs. 43-44).

LOEWENSTEIN (1976) ha afirmado que la Constitución debe presentar la situación de equilibrio entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento, porque estas se esfuerzan en conseguir un texto que muestre una máxima concordancia entre la estructura social y la legal.

Pero junto a esta concepción material de Constitución, la doctrina ha establecido otro concepto, el concepto formal de Constitución, más pragmático que aquel otro y que, en líneas generales, define la Constitución como un documento jurídico, generalmente escrito, que articula las normas más importantes y que racionaliza la organización y actividad del poder político.

El concepto formal de Constitución se traduce en un conjunto de normas de Derecho básicas y supremas. Así la Constitución es la forma normativa de la materia normada. Conforme a la lógica jurídica, toda Constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía, es la norma suprema y fundamental que rige la vida de una nación.

No obstante, esta concepción formal de Constitución, se ha establecido que hay que tener en cuenta que en toda Constitución hay elementos no escritos, originados por la tradición histórica del Estado en forma de costumbre, que a la vez que las fuerzas políticas y sociales pueden condicionar la interpretación constitucional. El reconocimiento de estas realidades sociales y sus fronteras respecto a las normas jurídicas han sido uno de los aspectos que mayor número

de críticas ha derivado hacia el concepto jurídico-formal de Constitución y que han provenido tanto desde el historicismo como desde sectores sociológicos.

LLORENTE ha afirmado que “por constitución se entiende hoy un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal forma que estos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permite el control efectivo de los titulares ocasionales del poder” (La Constitución española como fuente del Derecho en La Constitución española y las fuentes del Derecho, 1979). Esta concepción de constitución manifiesta la consideración, casi unánime extendida, de que no hay más constitución que la constitución democrática.

## **1.2. La constitución de los estados constitucionales**

### **1.2.1. Definición respecto de los Estados Constitucionales**

AGUILÓ REGLA: “¿A qué nos referimos cuando hablamos de Estados constitucionales? Una respuesta fácil (pero inútil) consistiría en afirmar que Estado constitucional es aquel que cuenta con una Constitución; a estas alturas, sin embargo, la inutilidad de la respuesta ya es palmaria. Para usar de manera relevante la expresión “Estado Constitucional” (La Constitución del Estado Constitucional, 2004, pág. 50 y ss.) deben, me parece, tomarse en cuenta los tres sentidos de Constitución destacados. Así, de manera tentativa, puede decirse que cuando hablamos de Estados constitucionales aludimos a sistemas jurídico-políticos que reúnen las siguientes características:

- a. Son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal, es decir, con una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello, supone necesariamente que el régimen jurídico de

las disposiciones constitucionales es diferente de las disposiciones legales y superior a ellas. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por contar con una Constitución formal y ello implica siempre-como mínimo-una diferencia de grado ante las otras fuentes del derecho (...).

- b. Dicha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. En este sentido, la Constitución formal del Estado constitucional no puede incorporar sólo – como diría Kelsen – el principio dinámico del Estado. No puede tener sólo como función la de hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político, sino la de hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos. En este sentido, las constituciones formales de los Estados constitucionales han incorporado las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de esos valores y fines (...).
- c. La Constitución formal que responde a los lineamientos normativos del constitucionalismo además tiene que ser practicada. En efecto, para hablar de Estado constitucional la Constitución formal debe ser aceptada como si contuviera el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico y político. En otras palabras: para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella puede ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia,

desempeña su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico – político. Es decir, para hablar de Estado constitucional, la Constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los cánones del constitucionalismo (...)

### 1.2.2. Aproximaciones al Estado Constitucional

HABERLE: “(...) el Estado constitucional no sólo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular” (HABERLE, El Estado constitucional, 2003, pág. 3).

FIX ZAMUDIO (La problemática de la impartición de justicia y el derecho constitucional, pág. 90) sostiene: “(...) tenemos la convicción de que nos encontramos en los comienzos de una nueva etapa en los estudios científicos del derecho procesal” así también señala: “(...) los cultivadores de las ciencias jurídicas están obligados a contribuir a esas modificaciones sino quieren quedarse rezagados, y por ello deben vincularse de manera creciente con los estudiosos del derecho constitucional de nuestra época, debido a que las instituciones procesales se incorporan cada vez con mayor amplitud a los textos de las Cartas fundamentales así como documentos de carácter internacional, puesto que el proceso no es un simple trámite regulado por Códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar uno de los derechos esenciales del ser humano, que no se concreta en un



simple acceso a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia”.

PROTO PISANI sostiene: “(...) el proceso no es por ello un fin en sí mismo, sino un medio de tutela que debe adecuarse a las necesidades de protección de todos y cada uno de los derechos” (PROTO PISANI, 2014, pág. 200 y ss.).

MARINONI sostiene “(...) En el Estado constitucional se exige que el proceso brinde una protección idónea, oportuna y efectiva para la protección de las situaciones jurídicas que en concreto son llevadas al proceso” (MARINONI, El proceso en el Estado constitucional, 2010, pág. 193).

### **1.3. La jerarquía de la Constitución dentro del marco de un Estado Constitucional**

#### **1.3.1. Aproximaciones**

Para poder aproximarnos al verdadero significado de la Constitución es necesario partir de su concepción como norma fundamentadora de todo el Sistema Jurídico y su cometido como guía primordial del Ordenamiento (en un sentido básicamente político). De ello se desprende que la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político (Exp. N° 0002-2005-AI/TC (FJ. 3), 2005).

Como norma jurídica suprema del Estado, la Constitución, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el

subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º), vincula al poder político y a los particulares<sup>1</sup>. Esta vinculación comprende, claro está, los derechos que contiene. Por tanto, el operador penal está supeditado al mandato constitucional. De ahí que el artículo 38º de la Constitución atribuya a los jueces el control difuso, esto es, del poder deber de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas.

### 1.3.2. Importancia del Derecho Constitucional en el Estado Constitucional

La importancia del Derecho constitucional en el proceso penal es indiscutible, es más resulta necesaria. GOLDSCHMIDT (Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, pág. 109) expresa que el derecho procesal penal es *el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución*, para ROXIN (Derecho procesal penal, 2000, pág. 10) el Derecho procesal penal es *el sismógrafo de la Constitución del Estado*, en ese mismo sentido MAIER afirma que el derecho procesal penal hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, *derecho constitucional reformulado o derecho constitucional reglamentado* (MAIER J. , Derecho procesal penal, pág. 162). Estas afirmaciones no dejan de tener sentido, si tenemos en consideración que de la manera cómo se encuentre regulado el poder penal en un determinado país, se refleja la concordancia con el respeto de los derechos fundamentales.

LANDA ARROYO “las bases del derecho penal no hay buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático” (LANDA

---

<sup>1</sup> El Tribunal Constitucional ha establecido que “los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan, y por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad”. (Caso: Eusebio Llanos Huasco, 2003).

ARROYO, 2006, págs. 287-288)<sup>2</sup>. La crónica del sistema penal a la Constitución permite evitar contradicciones normativas. Esta afirmación se sustenta en el principio de supremacía constitucional.

Es por ello que las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales (Caso: Reforma del régimen pensionario, 2005). La Constitución como concreción de la norma y de la realidad social, política y económica, es el parámetro fundamental para establecer la conformidad de la norma legal con dicha realidad constitucional (Caso: Regalías Mineras, 2005).

TUSHNET considera que “La ley me da poder que tengo, pero al ejercer aquel poder la moralidad requiere que no siga a la ley – todas las leyes incluyendo la ley que me permite aplicar el poder que tengo a la mano. La circularidad es muy clara. Surge del uso de una posición creada por la ley para suspender la ley. En el caso ordinario, el funcionario tiene la opción de renunciar a su puesto para evitar actuar de forma inmoral. [...] El funcionario que actúa moralmente, pero de forma ilegal puede tener algún consuelo en el hecho de que sus acciones no presentan amenaza alguna a la supremacía de la ley. Ciertamente, habrá conflictos ocasionales entre la moralidad y la ley en un sistema de supremacía legal, más la intersección entre el derecho y la moralidad probablemente sea tan amplia que un funcionario que no tome en cuenta a la ley para actuar moralmente no

---

<sup>2</sup> Este autor expone que “El Derecho constitucional incide en el Derecho penal, por un lado, en cuanto se refiere a sus fundamentos. Esto como consecuencia de que el poder punitivo recae directamente sobre la persona..., y en esa medida, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce. De otro lado, el Derecho Constitucional vincula al Derecho penal a través de la interpretación constitucional y argumentación constitucionales. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal son susceptibles de ser objeto de interpretación, en unos casos, y de definición de su contenido, en otros, por parte del Tribunal Constitucional” (LANDA ARROYO, 2006, pág. 287).

pondrá duda alguna sobre el valor continuo del propio sistema. Por el contrario, la razón entera para suspender la legalidad en emergencias es la de desplazar a la supremacía de la ley. Tal vez esto solo signifique que la apuesta es mucho más alta cuando se suspende la legalidad, pero creo que la diferencia es el grado justifica el trato de un análisis diferenciado” (TUSHNET, 2013, págs. 168-169).

### **1.3.3. Criterios de interpretación constitucional**

Para el profesor RUBIO CORREA los define como: “aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales. Tienen que ver con la manera como entendemos la Constitución en tanto sistema normativo y con las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. Es una conceptualización abstracta, pero tiene consecuencias prácticas muy significativas al aplicar las normas constitucionales” (RUBIO CORREA, 2013, pág. 67).

El Tribunal Constitucional ha desarrollado, en nuestro concepto, criterios de los cuales para efectos de la investigación sólo abarcaremos las más necesarias para enmarcar lo que se quiere plasmar en esta investigación, respecto al Estado Constitucional, son:

#### **a. Interpretación sistemática**

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “[...] la aplicación e interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aisladamente sino debe efectuarse de manera sistemática [...]” (caso: Acción de amparo interpuesta por Ópalo S.A. y otros contra don Juan Carlos Hurtado Miller, 1998 ).

En ese sentido, el profesor RUBIO CORREA, señala que: “La interpretación sistemática, en este caso, que la Constitución es un sistema normativo, y un sistema puede definirse como un conjunto de partes que se interrelacionan según ciertos principios, de manera que siempre se puede encontrar respuesta a las

necesidades normativas para la vida social dentro de dicho sistema, integrando las partes y aplicando los principios” asimismo, reafirma el profesor que “la interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales, no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos” (RUBIO CORREA, 2013, pág. 67).

#### **b. Interpretación institucional**

El profesor RUBIO CORREA, es enfático en señalar que en la Interpretación Institucional “siempre hay que aplicar todas las instituciones constitucionales pertinentes a cada caso. No se puede escindir institucionalmente a la Constitución, porque cada una de dichas instituciones tiene necesaria relación con las otras [...] el texto constitucional es uno solo, integralmente considerado, y lo importante es extraer la significación normativa del conjunto de instituciones aplicables, no de cada una de ellas aisladamente de las otras. [...] cuando abordemos un problema de relevancia constitucional no basta con ir exclusivamente a la norma aplicable. Siempre tendremos que dar una mirada panorámica a la Constitución, ver qué otras instituciones están relacionadas con el caso y armonizarlas todas para encontrar la verdadera norma aplicable” (RUBIO CORREA, 2013, págs. 77-78).

#### **c. Interpretación social**

El profesor RUBIO CORREA, señala que “la Constitución contiene regla, norma y principio [...] la finalidad de la interpretación social es, precisamente, aplicar de la mejor manera posible dichos

postulados. Para ello, es necesario vincular las normas previstas en la Carta con la realidad cotidiana y ver cómo pueden cumplirse mejor en concepto” (RUBIO CORREA, 2013, pág. 81).

#### **1.4. Las garantías dentro del proceso penal en un estado constitucional**

##### **1.4.1. Importancia de las garantías en el proceso penal**

Para el profesor MAIER respecto de las garantías en el proceso penal señala que “los jueces deben juzgar sólo por los elementos que les proporciona el debate público, oral, contradictorio y continuo, proseguiría con una reglamentación clara de las garantías de los ciudadanos frente a la persecución penal en un intento por expresar cuales son las injerencias permitidas en sus derechos básicos” [...] “que resulta absolutamente imprescindibles ocuparse de la organización judicial, arcaica o irracional en nuestros países, inclusive refractaria a una política penal y procesal penal adecuada a postulados del estado de Derecho. Aquí quema, pero de adoptarse ese moderno modelo sencillo y seguro no será necesario llamar en su auxilio a los bomberos” (MAIER J. , El Código Procesal Penal modelo y nuevas tendencias del proceso penal, págs. 248-256).

MORELLO, es de la idea de que “los principios, directivas y estándares que conforman el debido proceso (el proceso justo constitucional), pese a las adecuaciones funcionales admisibles, se observan y respetan en todo el espectro jurisdiccional y cuasi jurisdiccional: proceso arbitrario, militar, disciplinario, procedimiento administrativo, de ejecución penal, concurso para cargos públicos, docentes, premio literarios y afines. La circunstancial alteración en la estructura de las fases de desarrollo, que pueden unilateralizarse en algunos de ellos, no modifica la conclusión porque en la comprensión total o en su caso en la ulterior revisión judicial suficiente siempre quedan preservadas las diversas garantías que concurren a dar el contenido pleno a la

garantía global o madre del debido proceso legal. [...] De lo que se trata – en todos los casos – es de que sobre una aparente y defectuosa motivación, para nada suficiente, no se frustre o prive al justiciable, indebidamente, de una vía apta para el reconocimiento de los derechos que alega, porque ello se traduce, sin lugar a dudas, en una violación o menoscabo de la garantía del proceso justo” (MORELLO A. M., 1998).

FERRAJOLI en una magnífica precisión respecto de las garantías en proceso penal, siempre ha referido en toda su connotación reflejado a la defensa de la libertad personal, pero veamos, “(...) luego de las largas luchas por el respeto por la persona – por su dignidad como tal -, por los derechos a la libertad personal, a la vida, el nexo de unión entre libertad e igualdad y ambas con la legalidad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia política, la libertad de conciencia, la independencia de la función de juzgar, la razonabilidad y límites de los poderes del Moderno Estado de Derecho Social. Todos los cuales son los valores fundamentales concebidos por el derecho natural como principios de razón y, ahora, reafirmados en los Tratados e incorporados en las constituciones como garantías penales (no sólo procesales), que deben llevarse a la práctica de manera continua” (Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 1997, págs. 851-948).

En esas líneas, MORELLO, en reflexión precisa que “la cuestión vinculada con la aplicación de normas que regulan la intervención en el pleito del defensor oficial remite, como principio, al análisis de temas de derecho procesal, de hecho y de derecho propio de los jueces de la causa y ajenos a la instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a dicha regla general con base en la doctrina de la arbitrariedad, cuando con ésta se tiende a resguardar la la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y contribuyan a una derivación razonada del derecho vigente con

aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (MORELLO A. M., 1998, pág. 87).

MORELLO, en una frase de exclamación, refleja parte de lo que estamos tratando de incidir en la investigación, dado que la reflexión que brinda es respecto a que “¡Qué difícil es para un juez constitucional, en la vorágine de estas horas y en el juego cruzado de tantos intereses nada inocentes, guiarse políticamente con el espíritu y la fuerza propios de la discreción judicial!” [...] Exhibir ese *timing* que permite no darle presencia actual a un caso que todavía no está en gestación y por ende es posible (quizá también conveniente) empujarlo hacia el futuro, porque necesita madurar para recién entonces poder oír a la Corte” (Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales, 1998, pág. 255).

Es muy importante, como una de las garantías, referirnos al debido proceso tiene origen en el *due process of law* anglosajón<sup>3</sup>, posteriormente recogido en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1789<sup>4</sup> y desarrollado a través de su amplia jurisprudencia<sup>5</sup>.

Este derecho está reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución y constituye una de las máximas expresiones del derecho procesal penal constitucionalizado. En él reposan las garantías básicas sobre las cuales debe discurrir todo proceso en aras de una efectiva recomposición del conflicto. Este derecho tiene por objetivo garantizar un juicio imparcial con igualdad de fuerzas entre las partes que intervienen en un proceso, asegurándose con ello un

---

<sup>3</sup> El artículo 29 de la Carta Magna de 1215: “Ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído, o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectado; ni iremos sobre él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de la nación”; en 1354 la expresión “ley de la tierra” (*per legem terra*) es reemplazada por “debido proceso” (*due process of law*) (Capítulo 29 de la Carta Magna).

<sup>4</sup> Enmiendas V y XIV: “no person shall be... deprived of life, liberty or property, without due process of law” (ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal).

<sup>5</sup> A decir de SAGÜÉS la incorporación del debido proceso al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces. (SAGÜÉS, 1993, pág. 328 y ss.).



verdadero derecho a la defensa y esencialmente el respeto por los derechos fundamentales.

En una primera aproximación exegética, debido proceso, significa, el proceso garantizado por ley. Aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial. Es como la noción misma del Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del derecho vigente (BACIGALUPO, 2005, pág. 13).

Representa un atributo fundamental que forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido (Caso: Gonzáles Arribasplata, 2005). El derecho al debido proceso está vigente durante todo el desarrollo procesal. Este derecho dota, a quien es parte del mismo, de una serie de garantías esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión (Caso: Ramón Campos Esparza, 2003).

El Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (Caso: Princeton Dover Corporation, 2006). De esta noción podemos afirmar que el derecho al Debido Proceso: a) Abarca un haz de derechos, b) Tiene un doble ámbito (procesal y sustantivo) y c) Es exigible no solo en sede judicial, sino en cualquier tipo de proceso o procedimiento. Estas derivaciones las desarrollaremos a continuación.

Para GARCÍA RAMÍREZ, el debido proceso es un derecho – o mejor todavía, un haz de derechos, además de un principio rector- destinado a la protección del conjunto de los derechos básicos. Es, en fin, “clave” o “llave” de esa protección, que de otra manera resultaría impracticable o ilusoria; el debido proceso asegura, en consecuencia, el acceso a los restantes derechos, es el “derecho que permite el ejercicio de los derechos” (GARCÍA RAMIREZ, 2006, pág. 40 y ss.).

Como sostiene BUSTAMANTE ALARCÓN (Derechos fundamentales y proceso justo, 2001, pág. 198), sólo será justo aquel proceso o procedimiento donde las normas materiales o procesales que concurren a solucionar o tramitar el caso concreto otorguen a los sujetos una oportunidad real y razonable para formular sus pretensiones, exponer su defensa, impugnar, probar y obtener una decisión justa en forma oportuna, efectiva y dentro de un plazo razonable.

Por su ubicación en el texto constitucional<sup>6</sup> podemos pensar que se trata de un principio exclusivo de la función jurisdiccional, pero interpretarlo de esa forma sería darle una aplicación restrictiva a un derecho, cuyo reconocimiento como fundamental responde a la evolución progresiva de las disposiciones constitucionales en general y la norma de debido proceso en particular, cuya interpretación va variando a través de los tiempos produciéndose la llamada mutación constitucional. Es así que, al definir al debido proceso como “el conjunto de garantías indispensables para que todo proceso sea considerado justo”, encontraremos desarrollados los tres conceptos; por tanto, el debido proceso es a la vez una garantía de la administración de justicia (garantía), un derecho fundamental (justo) y un principio de la administración de justicia (proceso). Entonces, el

---

<sup>6</sup> El debido proceso está ubicado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución en el capítulo referido al Poder Judicial y bajo el título de Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional.

derecho al debido proceso es el derecho fundamental a la justicia a través del proceso.

Los derechos y garantías que integran el debido proceso son parte de un sistema dinámico, en constante formación; son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende se trata de partes indispensables de un conjunto, cada una es indispensable para que éste exista y subsista (GARCÍA RAMÍREZ, pág. 41)<sup>7</sup>.

MORELLO, en una brillante reflexión, precisa que “el linaje de las garantías luce con orgullo una muy honrosa tradición. Como en casi todos los temas judiciales para el estudioso del derecho – cruzado por los desafíos de un pasado que no puede desconocerse y en el que se alumbraron las raíces de las instituciones – ese añoso y rico historial es fuente de recreación continua para formar el inquebrantable respeto por la república democrática, y dentro de ella, por un proceso cada vez más justo; ese ayer se proyecta en estimulante presente que debe vivirse intensamente, con permanente y ávido espíritu de actualización, porfiando por superarlo en un futuro no lejano, por cierto arduo y erizado de dificultades” (MORELLO A. M., 1998, pág. 283).

La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional necesita ser reelaborada con los métodos específicos y con los contenidos de la teoría del Estado, esta autonomía de la jurisprudencia, sin embargo, no significa un rechazo a una cooperación con otras ciencias. Precisamente, en el concepto *imagen del ser humano* confluyen – por ejemplo – conocimientos científico – naturales, filosóficos e incluso teológicos: así el derecho penal no puede dejar de lado los

---

<sup>7</sup>Ver además Voto concurrente en la Opinión Consultiva OC-16/99 y el Voto razonado en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Agrega que Cuando crece la criminalidad, impulsada por numerosos factores que rara vez considera el político, la persecución se extrema. Es explicable que así ocurra. Ante la desesperación social, pronto convertida en exasperación, vuelve a la escena el conflicto entre *due process* y *crime control*, una dialéctica que hoy se agita a lo largo y ancho del proceso penal.

conocimientos médicos y criminológicos (piénsese, por ejemplo, en cuestiones de resocialización) (HABERLE, La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional, 2001, pág. 21).

#### **1.4.2. El debido Proceso como parámetro para un cumplimiento eficaz**

Una de las garantías que no enmarcan con bastante optimismo en esta investigación es el respecto al debido proceso, no es fácil, para los operadores entender a cabalidad los parámetros que este implica para un mejor respeto y cumplimiento, siempre son mecánicos en lo que la ley señala, no miran más allá del respecto a los derechos fundamentales, dignidad humana, proceso justo, resolver los casos adecuadamente, no en base a realizar doctrinas jurisprudenciales, sino enfocarse sino la de resolver casos que tutelen, garanticen y regulen todo lo relacionado al respeto de mecanismos procesales en salvaguarda de los derechos fundamentales.

En esta línea de ideal, el profesor Espinoza–Saldaña Barrera, respecto de lo que se estaba señalando, precisa que “[...] cualquier actividad humana –y, sobre todo, si implica el ejercicio de actos de autoridad con incidencia en el comportamiento de los demás- debe sustentarse en un escrupuloso respeto a los Derechos Fundamentales. No olvidemos pues que los Derechos Fundamentales no solamente implican la admisión de potestades de hacer o no hacer reconocidas en favor de los diferentes sujetos de derecho, sino principalmente constituyen elementos objetivos que tutelan, regulan y garantizan las diversas esferas y relaciones de la vida social, con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. Por esa razón, no solamente el Estado, sino también los particulares (a pesar de los diversos reparos que a veces se alegan al respecto) tienen el deber de respetarlos y de efectuar los esfuerzos necesarios para asegurar su vigencia real o efectiva” (Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso, 2003, pág. 37).

En esa línea, el profesor también hace énfasis en que los derechos fundamentales sustentan, orientan y determinan los alcances del ordenamiento jurídico político de todo Estado de Derecho que se precie de serlo. Sustentan el ordenamiento jurídico político de todo Estado de Derecho pues éste se constituye y desarrolla sobre su base, en tanto que son los Derechos Fundamentales quienes inspiran y conducen la producción, interpretación y aplicación de cualquier norma o acto jurídico en general, labor que efectúa con una fuerza normativa de la mayor jerarquía. [...] El Debido Proceso no solamente es un canal que hace viable y factible el ejercicio de otros derechos, sino también es un parámetro que encuadra o limita el accionar de quien tiene autoridad, buscando así evitar el abuso del poderoso sobre el más débil. Ello le proporciona un rol vital en la configuración y consolidación de todo Estado Social y Democrático de Derecho en general, y de una Jurisdicción Constitucional eficaz en particular” (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, 2003, págs. 37-38).

Asimismo, debo manifestar y hacer un hincapié a todo lo que se ha señalado líneas arriba, soslayando que los jueces hoy en día son los que deben ser los mediadores jurídicos aquellos, que deben de velar por resolver el caso en concreto, no sólo en base a la normatividad, al poder del más fuerte sino ser un poder del Estado confiable, respecto de los hechos concomitantes respecto de la materia que tienen a su cargo resolver, si bien, en el derecho procesal penal, los bienes jurídicos en este nivel son en ocasiones vulnerados, por malas interpretaciones, no respetando las garantías constitucionales, guiándose por el respeto a la norma, tendiente a no velar por resolver el caso en toda su dimensión es decir, revisar los hechos y el derecho.

Siguiendo respecto al rol mediador que tiene que tener los jueces se manifiesta y es iniciada en los Estados Unidos de Norteamérica mediante el caso Marbury versus Madison caso mediante el cual en

1803 la Corte Suprema de Estados Unidos hace una reflexión de consenso es por ello que el profesor Eloy Espinoza – Saldaña Barrera señala respecto al rol mediador y refiriéndose al caso antes señalado precisa que “sin que exista una norma que autorice explícitamente a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de una ley; asume precisamente como una de sus competencias desempeñar dicha labor. Para ello parte, como hoy ya es de conocimiento general, de la idea de que la Constitución es la “Higher Law”, la norma jurídica más alta e importante, y que las otras normas del ordenamiento jurídico estatal debían escrupulosamente respetar sus preceptos. Y para asegurar que dicha supremacía se cumple a cabalidad, qué mejor que un control de corte jurisdiccional, control que es objetivo, pues se realiza en base a normas, y en él las partes en conflicto acuden ante el juez mediante un proceso destinado a preservar la mayor igualdad de armas o condiciones posible entre ellas. Es pues dentro de esta lógica en que se plantea y asume hasta hoy la judicatura ordinaria norteamericana el rol de convertirse no solamente en una instancia de impartición de justicia, una instancia destinada a componer conflictos o aclarar situaciones de incertidumbre jurídica entre la ciudadanía, sino que pasa a constituirse en un verdadero “poder mediador”, en el árbitro por excelencia de los grandes conflictos que puedan existir en una sociedad determinada” (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, 2003, págs. 68-69).

Finalmente, coincidimos con la más calificada doctrina procesal en que la finalidad de todo proceso no se agota con la resolución del conflicto o la incertidumbre con relevancia jurídica puesta en conocimiento de algún juzgador, sino que también incluye o supone la obtención de un clima de paz social con justicia (MONROY GÁLVEZ, 1987, pág. 13), ello irremediamente nos lleva a asumir que todo juez dentro del Estado Constitucional es un verdadero mediador, tal como el profesor Eloy Saldaña lo refirió muy bien, dentro de los parámetros jurídicos,

incluso, también dentro de los parámetros de los hechos según el caso concreto.

### 1.4.3. Principios constitucionales

Para DWORKIN la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Los principios en cambio, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas; los principios enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular (DWORKIN, 1989, págs. 75-76).

Por su parte ZAGREBELSKY, explica que, el derecho actual está compuesto de normas y principios, así, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por eso, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales, estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. Las Constituciones, a su vez, también contienen reglas, además de principios. Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que

leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Las reglas pueden ser objeto de múltiples interpretaciones, con el juego decisivo que desarrolla la Ciencia del Derecho, y además se obedecen, se acatan. Los principios no suscitan problemas de interpretación, puesto que su formulación es clara, precisa, nítida. No se acatan: se les presta adhesión. Los principios no se interpretan porque sencillamente se da por entendido lo que quieren decir, aunque no sea del todo claro (ZAGREBELSKY, 1992, págs. 110-111).

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o una directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia (DWORKIN, 1989, págs. 77-78).

La Constitución consagra la observancia de la “tutela jurisdiccional efectiva” (artículo 139° inciso 3). Este derecho, de origen europeo continental<sup>8</sup>, debe ser entendido como el derecho al acceso a los órganos de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho. El Tribunal Constitucional ha establecido que las principales facultades amparadas por el derecho a la tutela judicial efectiva son: a) La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales e iniciar un proceso, b) El de obtener una resolución fundada en derecho y c) El obtener la ejecución de la sentencia (Caso: Luis Patroni Rodríguez, 2003).

---

<sup>8</sup> Reconocido en el artículo 19 de la Constitución alemana y en el artículo 24 de la Constitución española e italiana.



La salvaguardia del derecho a la Tutela Procesal Efectiva está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propios de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso (Caso: Magali Medina Guerrero, 2005). Por ello, esta tutela implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia (Caso: Ministerio de pesquería, 2002).

Para el profesor CAFFERATA NORES expone que, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales –valga la redundancia-, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, político y particular (Proceso penal y derechos humanos, 2002, pág. 185).

## **1.5. Los jueces supremos en aplicación a la teoría constitucional**

### **1.5.1. Como usan los jueces la teoría constitucional**

Para MARK TUSHNET los jueces de la Corte Suprema ocasionalmente se refieren a preocupaciones teóricas en sus sentencias, pero estas referencias rara vez sugieren que fueron motivadas por esas preocupaciones. [...] las sentencias son un tipo de escritura persuasiva donde el autor debe sentir que es lo que conmueve a su audiencia. Qué es lo que conmueve a la audiencia no necesita ser aquello que conmueve al autor. Más que eso, para descubrir realmente cómo los *justices* usan la teoría constitucional,

probablemente, requiere examinar los documentos de trabajo internos de los tribunales” (TUSHNET, 2013, págs. 168–169).

Asimismo, el profesor MARK TUSHNET ha desarrollado a profundidad respecto de cómo los Jueces que integran la Corte normalmente son quienes realizan las interpretaciones jurídicas ordinarias, pero también refiere que “confinar a los jueces a métodos específicos de interpretación constitucional, a veces es publicitado como una forma de asegurarnos de que estos no inserten inapropiadamente sus opiniones políticas personales en la interpretación constitucional. A finales del siglo XX, una sugerencia muy prominente era que los jueces debían limitarse a aplicar las palabras de la Constitución, tal y como quienes crearon la constitución las entendían, para resolver los problemas que enfrentaba la Corte. Había muchas variantes del originalísimo, pero todas estas enfrentaban varios y serios problemas. Determinar cómo aplicar la forma antigua en que se entendían algunos términos constitucionales a problemas modernos, exigía que los jueces al menos invoquen algunos de los principios que dieron pie a la adopción de dichas palabras. Sin embargo, determinar precisamente cómo formular aquellos principios introducía la posibilidad de que los jueces se apoyaran en sus valores personales para elegir la formulación correcta. La práctica del originalismo por sus partidarios era muy irregular tanto como para sembrar dudas sobre la sinceridad con la que había sido plantada, en tanto medio para limitar la discreción judicial. [...] el esfuerzo por usar la interpretación constitucional a fin de limitar la discreción judicial se fundó en dos hechos. Primero, la interpretación constitucional en los Estados Unidos siempre ha sido ecléctica, donde los jueces siempre se han basado en una amplia gama de técnicas interpretativas. Abandonar el eclecticismo sería una transformación substancial en la práctica jurídica tradicional. Segundo, y probablemente más importante, sencillamente, no hay forma de asegurar que los jueces, una vez

nombrados, se adherirán a algún enfoque interpretativo específico” (TUSHNET, 2013, págs. 168–169).

En ese sentido, ARAGÓN REYES sostiene, “para reducir los riesgos del desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho por la naturaleza del derecho actual) tendería hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Esto podría ser, quizá, el camino para que el Estado de derecho no acabase convirtiéndose en Estado de Justicia. El primero procura certeza, provisión, seguridad, esto es, igualdad libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, la desigualdad” (ARAGÓN REYES, 2004, pág. 163).

### **1.5.2. Los límites de la Ley**

Desde la perspectiva de HABERMAS, el Estado de derecho es la forma de regulación de los ciclos del poder en las sociedades complejas (HABERMAS, 1998, pág. 58 y 63). En este sentido aporta un nuevo elemento: el de sociedades complejas. No es difícil suponer a lo que se refiere, pero en todo caso no resulta explícito. Aparentemente podría encubrir una tautología, porque la idea misma de Estado, con su entramado normativo y conceptual, sólo es dable en las “sociedades complejas”; de ninguna manera en lo que sería su antinomia: las sociedades tribales, por ejemplo (HABERMAS, 1998, pág. 58 y 63). Pero esa aparente redundancia se despeja cuando el mismo autor afirma que el Estado de derecho “no puede tenerse ni mantenerse sin una democracia radical” (HABERMAS, 1998, pág. 58 y 63). En este punto, la nueva incógnita a despejar es qué debe

entenderse por ese tipo de democracia. No es, desde luego, un concepto de radicalismo derivado de la contundencia de la acción del poder en nombre de la sociedad, o de la sociedad con el pretexto de la libertad. La democracia es radical y la sociedad es compleja simplemente porque prevalece la razón comunicativa (HABERMAS, 1998). Esta razón es el medio lingüístico que permite que se estructuren las formas de vida y se realicen las interacciones propias de esos tipos de democracia y de sociedad. También DIAZ desarrolla con precisión la vinculación íntima entre el sistema democrático y el Estado de derecho identificando las líneas convergentes de su evolución (DIAZ, 2000, pág. 20 y 40).

También debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico constituye un sistema (BOBBIO, 1991, pág. 189 y ss.) que permite explicar la omisión en cuanto a la aplicación de una norma determinada en tanto que se aplica otra. Mientras que el sistema denota una relación de coherencia entre las normas (sean reglas o principios) que lo componen, podría decirse que al no aplicarse una disposición hay otra que si se cumple. Esto, sin embargo, supondría a su vez que un sistema es perfecto y carece de lagunas. Como no se ha demostrado que tal cosa exista, tenemos que admitir que en algunos casos si se podrá afirmar que la no aplicación de una norma puede explicarse en función de la aplicación de otra, sin que esto constituya una antinomia, pues en este supuesto se trataría de un sistema deficiente porque incluye normas contradictorias entre sí. Pero también es posible que, en algunos casos, lisa y llanamente deje de aplicarse una disposición, sin que se pueda demostrar plenamente la aplicación de otra. Es, por lo mismo, un problema de alta complejidad.

En cuanto a la aplicación de principios generales, debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico es de gran amplitud y comprende reglas y principios. En este trabajo estamos utilizando la

voz “norma” como equivalente de “regla”. Es aclaración es pertinente, porque la distinción con los principios puede dar lugar a confusiones. Sin entrar a la polémica, ya añeja, sobre el significado de ambos conceptos (regla y principio), encuentro muy funcional para los objetivos de este estudio la diferenciación formulada por ALEXY: los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado, en tanto que las reglas únicamente pueden ser cumplidas o no (ALEXY, 1997, pág. 86 y ss.). Por otra parte, y dentro del propósito de encuadrar jurídicamente (como corresponde a un problema del estado de derecho) la no aplicación de la norma, también podemos recurrir al amplio espacio que nos abre la concepción renovada del pluralismo jurídico de Elías Díaz (DÍAZ, 2000, pág. 85 y ss.). Para este, la interrelación sociedad-Estado-derecho permite entender que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas nuevas y comportamientos anteriores, por la capacidad de autorregulación social, por la autonomía de la voluntad, por la creación jurisprudencial y por el orden coactivo del estado, que en la actualidad está sujeto a procesos muy dinámicos de transformación. La tesis, vinculada a las fuentes del derecho, tiene una larga tradición, pero lo relevante es advertir que incluso los paradigmas bien establecidos se encuentran sujetos a actualización conceptual, precisamente por la necesidad de proveer explicación tan heterodoxos como la no aplicación de la norma en un Estado de derecho.

Para KANT, el principio *summam ius summa iniuria* (“el derecho más escrito constituye la mayor Justicia) representa el apotegma e la equidad (KANT, 1978, pág. 45). Sin embargo, agrega, ese daño no es remediable mediante procedimientos jurídicos, “aunque afecte a una exigencia jurídica”. La equidad es “una divinidad muda, que no puede ser oída”. En principios metafísicos de la doctrina del derecho reitero que esa expresión constituye el lema de la equidad, advirtiendo que la reclamación que se funda en la equidad no tiene fuerza “más que en

el tribunal de la conciencia”, y no en el tribunal civil (KANT, 1978, pág. 38).

### 1.5.3. La interpretación orientada a principios

Para el profesor GUASTINI, quien desarrolla muy notablemente respecto de la interpretación en relación a los principios, lo cual indica que “los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal – la más cierta y previsible y propiciando una interpretación adecuada. La interpretación adecuada es una especie del género de la interpretación sistemática y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias” asimismo, el profesor sostiene que “es lícito sostener que, frente a una disposición legal que admita una sola interpretación contraria a la Constitución, el juez lejos de tener la obligación de hacer una interpretación adecuada, tiene más bien la obligación de promover una cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte (...)” (GUASTINI, 2001, págs. 147-149).

### 1.5.4. El juicio como fuente jurídica: ¿Los Jueces crean Derecho?

La identificación del concepto general del derecho con las decisiones judiciales se enfrenta a un importante escollo jurídico y político. Se trata de la exigencia postulada por el racionalismo jurídico, que será germen del movimiento constitucionalista formulador del Estado de derecho, de establecer de la división de poderes (PÉREZ LUÑO, Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías, 2010, pág. 167).

A tenor de ese principio, que halo nítida expresión en la doctrina de MONTESQUIEU, se reserva a la ley, en cuanta norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos. Por eso, se ha hecho celebre la máxima del propio MONTESQUIEU de que los jueces

deben atenerse al texto estricto de la ley y que los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ellas” (MONTESQUIEU, 1758, pág. 5).

Esta visión del juez como autómatas que se limita a aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las normas legales a los hechos que se enjuician en el proceso, obtuvo su elaboración doctrinal definitiva en la teoría de la sub-sunción elaborada por la dogmática jurídica positivista. Según postula esta teoría, la función judicial se circunscribe a encajar los hechos controvertidos en los supuestos facticos tipificados en las leyes y aplicables las consecuencias jurídicas en ellas previstas, de acuerdo con el consabido apotegma: *<da mihi facti, dabo tibi ius>* De ello se infiere que, desde estas premisas, se concibe la tarea del juez como la mera declaración de un derecho pre-existente (el sistema normativo legal) y no como un dato constitutivo de la definición del derecho (PÉREZ LUÑO, Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías, 2010, pág. 168).

Esta imagen de la jurisprudencia ha calado profundamente en la cultura europea. Es probable que una de las expresiones más radicales de su sentido y consecuencias se deba a ORTEGA Y GASSET, quien en una reflexión merecedora de ser rescatada del olvido por parte de las tentativas de analizar las proyecciones jurídicas del racionalismo, expone cuanto sigue: “El que juzga no entiende. Para ser juez es preciso hacer previamente la heroica renuncia a entender el caso que se presenta a juicio en la inagotable realidad de su contenido humano. La justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia. No es, pues, extraño que del inmenso volumen de la historia universal se puedan espumar tan pocos nombres de jueces inteligentes. Aunque personalmente lo fueran, su oficio les

obligo a amputar su propia perspicacia. Este es el triste heroísmo del juez, sin el cual la convivencia humana no resultaría posible. Vaya nuestro respeto a esa dolorosa profesión: pero de paso detestemos a los que sin ejercerla se constituyen tan fácil y alegremente en jueces de afición” (José, 1983, pág. 343).

Es evidente que esta concepción mecanicista de la tarea judicial entraña una simplificación y falsea el alcance del proceso y su relevancia en la conformación de la experiencia jurídica. Los últimos años han supuesto un alejamiento de la tesis subsuncionista, incluso desde enfoques positivos o, más bien, desde el denominado “postpositivismo jurídico”. En cualquier caso, la pugna entre la concepción pretoriana o judicialista del derecho y la concepción legalista del mismo ha ido uno de ellos grandes nudos temáticos de la metodología y la ciencia jurídica contemporáneas. La relevancia de la junción judicial como fuente del derecho y sus repercusiones para la garantía de la seguridad jurídica, constituye un capítulo insoslayable de las trayectorias más reciente de la cultura jurídica (LUÑO, 1994, pág. 133 y ss.)<sup>9</sup>.

Un estimulante y provechoso intento dirigido a clarificar los términos de esa polémica se debe a CARRIÓ en su lucido ensayo: “Los jueces crean derecho”. En opinión de CARRIÓ la actitud que se asuma respecto a ese postulado engendra dos posturas irreconocibles: “los que afirman enfáticamente que es verdadero, y los que, con igual énfasis, sostienen que es falso. Para los primeros, la posición de los segundos importa negar una característica obvia de la práctica del derecho... Para los segundos, la posición de los primeros importa desconocer una distinción tan elemental como la que existe entre las nociones de creación y aplicación de normas jurídicas, negar la

---

<sup>9</sup> EL desbordamiento de las fuentes del Derecho, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla. 1993. Pp. 13 y ss.; Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho. Tebar, Madrid. 5º ed. 2007, pp. 23 y ss.



evidente fuerza obligatoria del derecho y, por lo tanto, fomentar la anarquía y el caos” (CARRIÓ, 1976, págs. 79-80).

Así también, crear/juzgar como posibilidad de producir normas individuales. Según se desprende de la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, el ordenamiento jurídico se halla conformado por normas generales y abstractas, creadas por el poder legislativo y los órganos administrativos competentes para ello, y normas individuales y concretas representadas por las sentencias judiciales. Los jueces al proyectar los supuestos genéricos y abstractos previstos en las normas generales a los casos concretos, llevarían a cabo un proceso de individualización que supondría la facultad creadora de normas individuales<sup>10</sup>.

Debe señalarse también que las acepciones del término “crear” se hallan inmediatamente vinculadas a las distintas concepciones del derecho y a los modelos de la judicatura de modo que los tres aspectos en los que se desglosa la expresión: “los jueces crean derecho”, aunque permiten y aconsejan una distinción conceptual a efectos de clarificar su significado, se hallan involucrados necesariamente en el desenvolvimiento de la experiencia jurídica (PÉREZ LUÑO, Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías, 2010, pág. 173).

#### **1.5.5. Aproximación ostensiva: El ámbito espacial “juzgar”**

Esa acepción, la más problemática y debatida, no agota los significados de uso de la expresión “juzgar”. A la pregunta: ¿Qué es “juzgar”? se puede contestar a partir de definiciones ostensivas, por denotación o extensión, mostrando una serie de ejemplos de objetos o cosas de los que puede predicarse que son o que tienen que ver con la actividad de juzgar. Así una posible respuesta a dicha cuestión

---

<sup>10</sup> KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 2º 1960, pp. 242 y ss. (existe trad. cast. de R. Vernengo, UNA, México, 1979).

consistiría en exhibir o apelar a objetos tales como: la sede de un juzgador, de un Tribunal de una Audiencia o del propio Tribunal Supremo, para indicar que esos edificios son manifestaciones de la actividad juzgadora (PÉREZ LUÑO, Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías, 2010, pág. 174).

La sede en la que la actividad de juzgar se celebra es un edificio que posee una estructura determinada. Un edificio es siempre un espacio arquitectónico acotado, separado y distinto de otros espacios. Al acotar el espacio, se le da una determinada forma, que organiza los materiales y su propia estructura en función de una finalidad. Por eso, en la forma o disposición interior de un edificio se puede discernir cuál es su peculiar finalidad. La forma interior de un cuartel, de una iglesia, de una estación de ferrocarril, de un edificio de viviendas o de un juzgado, son distintas, en la medida en que son medios espaciales o arquitectónicos encaminados al desarrollo de fines diferentes. Los elementos espaciales de un edificio tienen un carácter instrumental en relación con los fines que en él se persiguen. Lo más característico del interior de un juzgado o corte de justicia es que al margen de determinados elementos funcionales (pasillos, despachos, escalinatas...) posee una o varias salas divididas en dos grandes ámbitos: el estrado, en el que desarrollan su cometido específico unos actores cualificados (jueces, ministerio fiscal, partes acusadoras y acusadas, testigos, peritos, jurados...), y una sala para los espectadores que presencian el desarrollo del proceso. Esto determina que mientras los actores desempeñan y representan un papel especialmente intenso, es decir, activo el público que desde el espacio de la sala presencial el desenvolvimiento del proceso, asume una función pasiva. En definitiva, el ámbito espacial que sirve de escenario al juicio, tiene unas características propias y engendra, unas

representaciones mentales que permiten asociar la noción del proceso judicial con unos determinados edificios<sup>11</sup>.

Ese intento de ofrecer una respuesta a los que significa juzgar a partir de su identificación con el ámbito espacial en el que el juicio se desarrolla, se realiza a través de lo que se ha denominado supra definiciones ostensivas. Las definiciones ostensivas (del latín *ostendere*, que significa mostrar), tienen a su favor la fuerza de su evidencia, de operar con realidades experienciales y tangibles y no sobre meras elucubraciones teóricas. Este procedimiento definitorio no se halla exento de algunos riesgos y limitaciones. Porque, las definiciones ostensivas se basan en uno, o en una serie de ejemplos sin que su alcance pueda extenderse arbitrariamente más allá de los mismos. Ello condiciona las prestaciones de generalidad de este método definitorio. Ya que, en efecto, el repertorio de cosas, o sea, de espacios físicos o edificios relativos al “juzgar” que aquí, a modo de ejemplo, se apuntaban, no es cerrado. De ahí, que no escape a la observación más superficial al carácter incompleto del inventario. De otro lado, lo que justifica la relación entre esas muestras o experiencias ostensivas de cosas que son o tienen que ver con el juicio es la presencia en todas ellas de notas o propiedades referidas al concepto de lo que es un proceso judicial. Pues resulta evidente de esas sedes o edificios judiciales, precisamente se relacionan con la noción de juzgar, en la medida en que existe una idea previa de aquello en lo que un juicio consiste. En otros términos, en contra de lo que parece evocar, la evidencia ostensiva no es un *prius*, sino un *posterius*; no constituye el antecedente, sino la consecuencia de proyectar sobre determinados segmentos de la experiencia un concepto o idea previamente establecido o, al menos, intuido. En suma, la evidencia

---

<sup>11</sup> Estimo de interés establecer una analogía entre el ámbito espacial del juicio y las sugerentes observaciones que sobre la arquitectura del teatro avanza José ORTEGA Y GASSET en su ensayo “Idea de teatro”. (ORTEGA Y GASSET, pág. 441 y ss.).

sobre la que reposan las definiciones ostensivas no es algo que surja espontáneamente, sino el resultado de un determinado proceso reflexivo, sea o no consciente (PEREZ LUÑO, 2008, pág. 29 y ss.).

## **1.6. La crisis y el futuro del paradigma del Estado constitucional**

### **1.6.1. La crisis actual del paradigma constitucional**

Para FERRAJOLI, el paradigma constitucional hasta ahora expuesto es evidentemente un modelo regulador complejo, nunca plenamente realizado ni perfectamente realizable, a causa de la virtud divergencia progresiva que siempre subsiste entre normatividad y efectividad. Por eso podemos hablar sólo, para cualquier democracia constitucional, de un grado mayor o menor de derechos y por lo tanto de legitimidad democrática, es decir, de democracia, dependiendo del grado de efectividad de todas las garantías de los principios constitucionales.

Las razones de la crisis son múltiples: el hecho de que la política nunca ha realmente aceptado su sujeción al derecho; la ausencia de producción, sobre todo a nivel internacional, de las garantías tanto primarias como secundarias de los derechos establecidos en las tantas cartas y convenciones, así como las funciones e instituciones de garantía a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas globales (FERRAJOLI, Derechos Fundamentales, 2016, págs. 157-158).

### **1.6.2. El futuro del constitucionalismo en el paradigma del Estado Constitucional**

Nuevamente, el profesor FERRAJOLI el constitucionalismo no es sólo una conquista del pasado y el más importante legado del siglo pasado. Será también un programa para el futuro, que exige, por un lado su mayor aplicación en los ordenamientos estatales, por otro lado, su

desarrollo a nivel internacional y, juntos, frente a los poderes económicos privados.

Frente a la crisis, en resumen, o se va adelante o se va atrás: o se realiza una mayor expansión del constitucionalismo en una pluralidad de sentidos y direcciones, o se corre el riesgo del colapso del conjunto del paradigma y la regresión premoderna de las propias democracias nacionales. La expansión se requiere en dos sentidos: En primer lugar, en sentido extensional, en dirección de las dos clases de poder – los poderes privados y los poderes extra – o supraestatales – permaneciendo extraños al viejo paradigma del Estado de Derecho. En segundo lugar, en sentido intencional en dirección de las dos dimensiones – la forma de la separación de poderes y la sustancial de la garantía de los derechos y de los bienes fundamentales – del paradigma constitucional (FERRAJOLI, Derechos Fundamentales, 2016, págs. 162-163).

En ese orden de ideas, el paradigma constitucional, marcado por los desniveles normativos, propugna en definitiva, si es tomado en serio, una teoría del derecho normativa y una ciencia jurídica no puramente cognoscitiva sino también crítica y conceptual con respecto a la virtual presencia de antinomias y de lagunas; es decir, una teoría del derecho y una dogmática jurídica que no pueden limitarse más a decir, según una clásica tesis bobbiana, “lo que el derecho es” (citado en FERRAJOLI, Derechos Fundamentales, 2016, pág. 184), no pudiendo no decir también “lo que el derecho debe ser” y que también forma parte, a un nivel normativamente superior, del “derecho que es” aunque a los niveles normativos inferiores “ilegítimamente no es” (FERRAJOLI, Derechos Fundamentales, 2016, pág. 184).

## CAPÍTULO II. LOS ROLES QUE DEBERÍAN DE CUMPLIR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA FRENTE AL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN LA ACTUALIDAD

### 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

#### 1.1. La creación del Tribunal de Casación

Como enseñara CALAMANDREI en su obra clásica sobre la casación, ésta, con los caracteres que hoy presenta en los distintos estados modernos, es un instituto complejo que resulta de la combinación o fusión de dos elementos recíprocamente complementarios, uno de los cuales pertenece al ordenamiento judicial; el tribunal de casación, mientras que el otro pertenece al derecho procesal y debe ser estudiado en el sistema de los medios de impugnación; el recurso de casación (CALAMANDREI, La casación civil, 1945). A diferencia, pues, del resto de recursos, como por ejemplo la apelación, que pueden, y así sucede en la práctica, ser de la competencia funcional de diferentes jueces y tribunales, el recurso de casación aparece históricamente ligado a un único tribunal competente para conocer del mismo, formando ambos una especie de binomio “cuyos términos no pueden ser aislados sin que pierdan el uno y el otro gran parte de su significado respectivo” (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, pág. 10).

El Tribunal de casación originario tenía atribuida, de este modo, competencia funcional para conocer de los recursos de casación que fueran interpuestos tanto en materia civil como penal. Y a tal efecto, como ha quedado expuesto con anterioridad desde el año 1795 se hallaba integrado por tres secciones: una sección criminal, que conocía directamente de los recursos de casación en materia penal, y para los asuntos civiles, una sección de inadmisión, encargada de rechazar aquellos recursos carentes de una fundamentación seria, y una sección civil, encargada de decidir el recurso de casación en el fondo (VECINA CIFUENTES J. , 2003, págs. 24-25).

Esta estructura permanecería durante algo menos de siglo y medio sin sufrir modificaciones serias. Sin embargo, a partir del año 19387 y; especialmente, una vez terminada la segunda guerra mundial, las reformas referidas a la estructura y funcionamiento del órgano de casación se sucederán a un ritmo acelerado a fin de resolver un antiguo problema que, como señala PERROT hace pensar en la cuadratura del círculo: la sobrecarga de trabajo a que se ve sometida la Corte de casación (PERROT, 1994, pág. 199). Con este objetivo se suprime la *chambre des requêtes* y se crea una Asamblea plenaria, se establecen varias Salas civiles, surgen las Salas mixtas<sup>13</sup>, desaparecen las antiguas Salas reunidas y, finalmente, se aumenta la competencia de la Asamblea plenaria (VECINA CIFUENTES J. , 2003, pág. 125).

### 1.1.1. Características principales

#### 1.1.1.1. Función exclusivamente nomofiláctica

De acuerdo con la específica función que tenía encomendada, el órgano de casación se desentendía de la tutela de los derechos subjetivos o intereses legítimos deducidos por las partes en el proceso de instancia y asumía únicamente una función que la doctrina ha coincidido en denominar de nomofilaxis o nomofilaquia (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, pág. 102), es decir, una función de protección o salvaguardia de la ley en sentido formal (VECINA CIFUENTES J. , 2003, pág. 30).

CHAPELLIER en la Asamblea constituyente «El Tribunal de Casación no debe tener jurisprudencia suya. Si esta jurisprudencia de los Tribunales —la más detestable de todas las instituciones— existiese en el de Casación, precisaría destruirla» (PLAZA, 1944, pág. 67). Y es que, en efecto, el logro de la mencionada uniformidad jurisprudencial no precisaba ni

de un órgano ni de un instrumento tan específicos como el Tribunal y el recurso de casación; para garantizarla bastaba simplemente la interconexión de tres principios acuñados por la Revolución: la Ley como única fuente del Derecho, la igualdad formal de todos los ciudadanos ante la Ley y la prohibición para los jueces de realizar cualquier actividad hermenéutica, o lo que es igual, la obligación de limitarse a ser meros autómatas en la aplicación de la ley (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, pág. 47).

#### **1.1.1.2. Prohibición de conocer los hechos y el fondo del asunto**

La incensurabilidad de los hechos en casación resultaba coherente con la función nomofiláctica atribuida al Tribunal de casación, toda vez que el error cometido en la premisa menor del silogismo judicial en nada menoscababa —al menos directamente— la obra del legislador; la prohibición de examinar «*le fond des affaires*» y la consiguiente obligación de reenviar la causa a los jueces de fondo después de una casación por error de derecho, se entendía, en cambio, por la posición asignada al órgano de casación entre las instituciones estatales y la función no jurisdiccional que, en opinión de los fundadores, le había sido encomendada (BORÉ citado en VECINA CIFUENTES, 2003, pág. 31).

Esta última restricción conllevaba, a su vez, una doble limitación de las potestades del Tribunal de casación, tanto en lo referido al conocimiento como en lo concerniente al contenido de su resolución (VECINA CIFUENTES J. , 2003, pág. 32).

#### **1.1.1.3. Reducido control de legalidad**

El conocimiento del Tribunal se restringía únicamente a la declaración de existencia o inexistencia de determinados vicios



en que podía haber incurrido el órgano judicial, tanto al proceder (*in procedendo*), como al juzgar (*in iudicando*). Por lo que a estos últimos se refiere, no todos eran susceptibles de ser fiscalizados en sede casacional, sino tan sólo aquellos que consistieran en «une contravention expresse au texte de la loi», es decir, en un inconciliable antagonismo entre las afirmaciones sentadas por el juez en la sentencia y un precepto de la ley (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, págs. 66-67).

La casación se reducía en sus albores, por tanto, a controlar exclusivamente aquellas sentencias en las que el órgano judicial negara la existencia o fuerza vinculante de la ley, quedando al margen los supuestos de fause interprétation, en que lo negado era su espíritu o lo que se desnaturalizaba era su significado (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, pág. 470). De esta manera, la interpretación in concreto de las leyes dudosas permanecía dentro de los poderes incensurables de los jueces de instancia, lo que originó paradójicamente que la mayor parte de las violaciones de ley cometidas por los órganos judiciales al decidir las controversias quedaran fuera del control del Tribunal de cassation (BORÉ, 1985, pág. 32).

En materia penal, una reducción tal podía encontrar su justificación en la estricta vigencia del principio de legalidad, en la consideración de la ley como única fuente inmediata del derecho penal; sin embargo, en materia civil, la razón por la cual se excluían del control casacional el Derecho consuetudinario, los principios generales del Derecho o el derecho extranjero (PRIETO-CASTRO, 1985, pág. 470) se encontraba en lo inocuo que resultaba para el principio de separación de poderes la transgresión judicial de todas aquellas normas no emanadas

por el Parlamento nacional (VECINA CIFUENTES J. , 2003, pág. 32).

#### **1.1.1.4. La uniformización de la jurisprudencia**

Considero, como parte de la propuesta, que la uniformización de la jurisprudencia, debe en sentido lato, debe garantizar el derecho a la igualdad en atención significativa a una correcta aplicación de la ley, para con ello garantizar la certeza y seguridad jurídica.

Más que fomentar, que sea procedente el recurso de casación, siempre que se garantice doctrina jurisprudencial, es buscar como lo mencione al inicio, unificar la jurisprudencia, la Sala Penal Suprema, es llamada a garantizar el cuidado y vigilancia de la protección de los bienes jurídicos, pero también en defensa del justiciable y del imputado.

CALAMANDREI, señala, que podemos decir que el oficio de unificar la jurisprudencia en el periodo inmediatamente siguiente a la función del órgano de casación no podía ser realizada por el Tribunal de Casación, nacido por la desconfianza de la Asamblea en el Poder Judicial, e inspirado en aquella concepción que negaba toda utilidad y derecho a existir de la jurisprudencia (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, págs. 21-22).

Siguiendo, en los pensamientos de CALAMANDREI, indica que la casación, originariamente concebida como un órgano de control político del legislativo judicial, paso a transformarse en un instrumento para la regulación judicial de la interpretación jurisprudencia debido a dos factores fundamentales: la codificación del Derecho objetivo por medio de la promulgación del Código napoleónico, donde se demostró que la

interpretación auténtica (elaborada por el poder legislativo) y la jurisprudencial eran cuestiones diversas, trayendo consigo la desaparición de aquella desconfianza contra los jueces del poder judicial (CALAMANDREI, La casación civil, 1945, pág. 9).

La uniformidad de la jurisprudencia en su acepción clásica pretende asegurar y mantener la exacta observancia de la ley por parte de los órganos judiciales, en tal sentido, la corte de casación tenía la tarea de desechar las interpretaciones erróneas de una misma norma jurídica e indicar su única interpretación exacta. La interpretación esgrimida por el alto tribunal debía imponerse a los órganos de instancia, con ello, el órgano de casación aseguraba el fin de uniformar la jurisprudencia (YAIPÉN ZAPATA, 2014, pág. 230).

Como ha sucedido con la *nomofilaxis*, la finalidad clásica de uniformización de la Jurisprudencia no podía ser ajena al desarrollo. Con el surgimiento de las teorías antiformalistas de la interpretación se negó radicalmente la tesis del formalismo interpretativo, poniendo de relieve que la aplicación judicial de la ley no es una tarea mecánica que el juez realiza a través de un silogismo propio del razonamiento analítico, sino el ejercicio de una potestad que en mayor o menor medida encierra siempre una actividad creadora del Derecho para el caso concreto (VECINA CIFUENTES J. , 2003, pág. 132).

#### **1.1.1.5. La dikelogia**

Esta finalidad atiende la defensa del *ius litigatoris*, pues se orienta a salvaguardar el interés de la parte procesal que busca la justicia evitando resoluciones absurdas y arbitrarias. Por la función dikelógica se pretende hacer justicia del caso concreto, fin en la que la casación aparece como un recurso impulsado

por el particular que sufre el agravio de la sentencia (YAIPÉN ZAPATA, 2014, pág. 235).

VECINA CIFUENTES, sostiene que “no existe oposición entre el interés público – *ius constitutionis* – y el interés privado –*ius litigatoris*–, ningún modelo es absoluto en sus finalidades, ni la casación francesa tiene exclusivamente el fin público ni la revisión alemana tiene únicamente como fin el privado; en ambos modelos se verifica o manifiesta ambos fines, en tanto son compatibles y pueden convivir en un único modelo (VECINA CIFUENTES J. , 2003, pág. 41).

En ese sentido, las manifestaciones más concretas de la existencia de este fin en un sistema casatorio están dadas por el hecho de que se flexibiliza las rígidas exigencias de requisitos para su procedencia, pero resulta innegable que esa opción trae consigo problemas operativos traducidos en una sobrecarga procesal de las cortes de casación, que a la postre redundan no solo en el daño a las finalidades públicas de la casación, sino también al *ius litigatoris* (YAIPÉN ZAPATA, 2014, págs. 236-237).

#### 1.1.1.6. Notas esenciales del recurso de casación

El profesor SAN MARTÍN CASTRO, resalta cuatro notas esenciales del recurso de casación, que son:

- a. **“Su carácter extraordinario**, el recurso de casación está sometido a especiales formalidades procedimentales, y conlleva un conocimiento muy limitado de los hechos Artículos 429 y artículo 432.1 del Nuevo Código Procesal Penal.
- b. **Su carácter devolutivo**, la competencia, funcional, exclusiva y excluyente, corresponde a la Sala Penal de la

Corte Suprema, órgano superior jerárquico de las Salas Penales Superiores. (artículos 421 y 26.1 del Nuevo Código Procesal Penal).

- c. **Su carácter no suspensivo**, deriva del carácter general que se atribuye a los recursos artículo 412 del Nuevo Código Procesal Penal; el recurso no impide la ejecución provisional de la resolución impugnada.
- d. Si bien el recurso de casación tiene lugar a pedido de parte, de ahí su función parciaria, pues mediante él las partes defienden sus derechos e intereses legítimos *ius litigatoris*, la función más relevante es la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: nomofiláctica, y unificadora de jurisprudencia en la aplicación e interpretación judicial” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015, págs. 709-710).

## 2. FINES LA CASACIÓN PENAL

Cuando nos referimos a los fines de la casación en sí, llámese civil o penal, no existe una identificación absoluta entre las mismas, pero como señala NIEVA FENOLL, “la naturaleza del derecho discutido motiva que así sea, (...) normalmente los autores siempre distinguen entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, manteniendo que la casación fue creada para satisfacción del primer fin, que sería un fin estatal de protección de la norma, siendo el segundo fin meramente incidental, ya que sería casi inevitable para conseguir la preservación del *ius constitutionis*” (NIEVA FENOLL J. , El hecho y el Derecho en la casación penal, 2000, pág. 80). Es por esta razón, que por la naturaleza del derecho la identidad de los fines de la casación se vuelven absolutos.

Al abordar el tema, CALAMANDREI ha referido que “El Estado no puede llegar a todas partes, y sería mucho más cómodo dejar la función de denuncia de las infracciones a los particulares que las sufren, que no ejercer una imposible labor

fiscalizadora de las sentencias de los Tribunales de instancia, a cargo del Estado” (CALAMANDREI, La Cassazione civile, 1920, pág. 131).

SERRA DOMÍNGUEZ indica que “como es conocido, la casación civil española nunca respondió a un fin exclusivo, sino que fue la única en Europa, con permiso de la alemana y la civil austriaca, que concilio ambos fines” (SERRA DOMINGUEZ, 1985, pág. 793).

En reflexión a todo lo señalado, NIEVA FENOLL, sostiene “Estos esquemas no pueden aplicarse a la casación penal. Antes de explicar por qué deben ser las cosas diferentes para la casación penal, permítasenos una reflexión sobre los fines de la casación. No se ajusta a la realidad la división *ius constitutionis - ius litigatoris*. No es posible afirmar que aquello que interesa al Estado no interese al particular, y viceversa. En cualquier caso, existe una conciliación de los dos fines, si bien, dependiendo del país ha dominado más uno que otro, al menos de *lege data*” (NIEVA FENOLL J. , El hecho y el Derecho en la casación penal, 2000, pág. 80).

## **2.1. Fines aparentes de la casación**

La casación tiene dos principales misiones (fines aparentes): la formación de jurisprudencia, y la casación de la sentencia contraria a derecho. Al contrario de lo que se piensa mayoritariamente en la doctrina (GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, 1993, pág. 170), estimamos que la formación de jurisprudencia no es uno de los principales fines de la casación (MORÓN PALOMINO, 1998, pág. 1755), sino sencillamente la manera que tiene el Tribunal Supremo de garantizar la protección de la norma (MARTÍN BRAÑAS, 1997, pág. 129). El único medio para proteger la ley, si esa función es encomendada a un Tribunal, consiste en aprovechar su principal tarea, que es la jurisprudencia. Pero jurisprudencia emiten todos los tribunales, y no sólo el Tribunal Supremo. Por ello la formación de jurisprudencia, aunque se le añada el calificativo de uniforme (NIEVA FENOLL J. , El hecho y el Derecho en la casación penal, 2000, pág. 81), no es la finalidad principal del Tribunal Supremo. Es sencillamente el medio a través del cual garantiza la

protección de la norma. Se estima que la elaboración de una jurisprudencia ejemplificativa tendrá un efecto preventivo en el resto de órganos jurisdiccionales, que se abstendrán de emitir sentencias contrarias a la interpretación que de la ley haya realizado el Tribunal Supremo (CALAMANDREI, La Cassazione civile, 1920, pág. 67).

La segunda misión es la casación de la sentencia contraria al ordenamiento. Tampoco puede ser esta una “finalidad del recurso de casación, dado que las sentencias que no casan la resolución recurrida también forman jurisprudencia y protegen al ordenamiento jurídico” (NIEVA FENOLL J. , El hecho y el Derecho en la casación penal, 2000, pág. 81).

## **2.2. Fines estrictos de la casación.**

Puede distinguirse a su vez entre fines principales o inmediatos y fines mediatos.

### **2.2.1. Fin principal**

Este fin, ha sido muy estudiado por el Profesor Jorge Nieva Fenoll en el sentido de que para el jurista “la preservación del principio de igualdad como el *ius litigatoris* son consecuencias de la existencia de un recurso de casación que se interpone a instancia de parte, y es resuelto por un único órgano jurisdiccional coherente en sus resoluciones. (...) cosas que cambian para la casación penal, se mantiene el hecho de que la función nomofiláctica sea la principal finalidad de la casación penal, pero no es la única. (...) los legisladores han entrado en la consideración de la irreparabilidad del perjuicio que acaece con la privación de libertad de una persona, consideración que no se tenía en cuenta en la casación civil, al menos fuera de España” (NIEVA FENOLL J. , 2000, pág. 82).

En ese orden de ideas, el mismo profesor, NIEVA FENOLL, propone una diferencia de finalidades:

- La casación penal responde tanto al *ius litigatoris* como al *ius constitutionis* de manera que ambos *iura* son finalidades principales del mismo. No puede señalarse que la Casación penal esté dispuesta al único provecho del Estado para proteger la norma jurídico – penal, ya que de lo contrario, por ejemplo, no tendría efecto suspensivo. Se trata de proteger al reo con una última oportunidad para salvarse de la prisión.
- Podría objetarse la presencia de las limitaciones de la casación, si se trata de proteger al reo esas limitaciones no tendrían sentido. Esas limitaciones no sólo benefician al *ius constitutionis*, sino que la perjudican, pues cuanto menor es la protección al litigante, menor es la protección a la norma. Si se dejan algunos casos, supuestamente de menor importancia, sin resolver, como ya se dijo se están amparando y tolerando violaciones de normas jurídicas. Si se piensa en concreto en la restricción a las cuestiones de derecho, el pensamiento aún puede ser más definitivo, (...) errores que podrían calificarse como fácticos, tienen una potencialidad para provocar infracciones jurídicas gravísimas, infracciones que serían obviadas por el Tribunal de Casación.

Pueden describirse las finalidades de la casación penal del siguiente modo: Fines de la casación penal son tanto el *ius constitutionis* como el *ius litigatoris*, habida cuenta que la casación penal se preocupa tanto de la protección de la norma jurídica, como de la preservación del derecho de libertad del reo, único derecho que es la gran mayoría de los casos preocupa al recurrente (NIEVA FENOLL J. , 2000, págs. 83-84).

### 2.2.2. Fines mediatos

Para la casación penal, el único fin – consecuencia o fin mediato sería la preservación del principio de igualdad. Por tanto, el recurso de casación penal garantiza el principio de igualdad, pero no como



finalidad principal, sino como finalidad de inevitable cumplimiento. El hecho de que los litigantes salgan beneficiados por el respecto de este principio es una consecuencia beneficiosa que subraya las bondades de la casación, pero no es el fin principal del recurso (NIEVA FENOLL J. , 2000, pág. 84).

### 3. NATURALEZA DE LA CASACIÓN PENAL

La casación penal es un recurso de naturaleza extraordinaria. Habida cuenta las limitaciones que tiene para su cognición, y el hecho de que no toda cuestión puede ser discutida en casación. En relación a lo primero, nótese que el Tribunal Supremo no puede conocer en casación, al menos en teoría, de las cuestiones de hecho. Además, tampoco puede conocer de cualquier tipo de defectos, sino sólo de los que la ley indica como motivos de casación. La razón principal de carácter extraordinario del recurso de casación se cifra en que la función del Tribunal Supremo en casación es fundamentalmente revisora de ciertos errores (no todos) de la anterior instancia (NIEVA FENOLL J. , 2000, pág. 85).

Sin embargo, el profesor MAZA MARTÍN, es de la postura que nos trae esta investigación, al precisar respecto de la naturaleza de la casación penal, “hay que tener en cuenta que, debido tanto a las reformas legales sufridas por esta clase de Recursos como al problema suscitado a propósito de la exigencia del llamado “principio de doble instancia penal” (...) en la actualidad en la Casación se ha debilitado en cierta medida ese carácter de “extraordinario”, pasando a ocupar cierto ámbito marcado por la “generalidad” del objeto de conocimiento” (MAZA MARTÍN, 2013, pág. 25).

Así también, MENÉNDEZ DE LUARCA considera que “el recurso de casación no es un recurso que tenga un basamento exclusivo en una ley procesal que así lo ha establecido, sino que es una exigencia constitucional” (MENÉNDEZ DE LUARCA, 2006, pág. 117).

Como observamos, la naturaleza de la Casación parece enmarcada a su naturaleza extraordinaria, pero en líneas siguientes, nos daremos con la

sorprende que ya no es tan así en la actualidad, dado que la Casación Penal, tiene otra finalidad, pero, en un punto siguiente, se profundizará sobre los nuevos paradigmas para salvaguarda del imputado.

#### 4. LA LIBERTAD Y LA LEGALIDAD

Es un punto sumamente cuestionable, pero que los jueces deben de considerar, para de una vez por todas, tener certeza, de que la ley en un Estado constitucional, dejó de ser el pilar del derecho, para ser enseñanza del mismo.

##### 4.1. Legalidad y justicia

CARNELUTTI, frente a quien sentía la necesidad de recordar qué garantía de libertad y de civilidad es la certeza del derecho representada por el sistema de legalidad, ha puesto en evidencia el “coste” de este sistema, en el que, a su entender, el obsequio a la ley querría decir negación de la justicia. El sistema de legalidad, presupone la infalibilidad del legislador: pero, dado que el legislador es un hombre y, por consiguiente, puede haber leyes (moralmente) injustas, la legalidad puede significar un obstáculo a que en el caso particular el juez decida según su conciencia moral: *summum ius, summa iniuria*. Equívoco entre justicia jurídica y justicia moral. Es cierto que el sistema de la legalidad tiene sus inconvenientes; las leyes están hechas con anticipación y, naturalmente, no pueden prever todos los caracteres del caso particular, por lo que cabe que, por respetar el esquema de la ley, se sacrifique al individuo (CARNELUTTI, 1943, pág. 81).

CALAMANDREI, a su vez, señala que, en el sistema de la legalidad, la justicia en el legislador abroga una ley y la sustituye por otra mejor, lo hace a través de un juicio político con el que decide si tales leyes son idóneas para satisfacer ciertos fines que uno se propone. Entre estos se encuentran también algunos de carácter moral (respecto de la dignidad humana), y es especialmente en relación con estos fines morales como se puede calificar a una ley de justa o injusta. También se puede criticar una ley desde el punto de vista técnico, porque no logra alcanzar el objetivo que se había propuesto;

pero aquí la crítica no llevará nunca a calificarla de injusta, más bien se dirá inoportuna, imperfecta, técnicamente errónea. El calificativo de injusticia atribuido a una ley comporta, pues, un juicio moral, y no jurídico.

En esas líneas, CALAMANDREI señala, por consiguiente, no es que, como dice Carnelutti, en el sistema de la legalidad el legislador sea tenido por infalible: es que los errores del legislador se corrigen en sede legislativa, no en sede jurisdiccional. Esta transformación de la moral en derecho positivo la hace el legislador, no el juez, al cual no es dado tomar en consideración más justicia que la jurídica (CALAMANDREI, Sin legalidad no hay libertad., 2016, pág. 40 y 42).

#### **4.2. La legalidad e igualdad**

En este punto CALAMANDREI, sustenta que el sistema de la legalidad es el único que, mediante la formulación del derecho en normas generales, permite la igualdad jurídica de los ciudadanos. (...) cuando se trata de la justicia, cabe hablar de igualdad en sentido moral y en sentido jurídico; es más, se puede decir que justicia e igualdad coinciden, en el sentido de que hay justicia moral donde hay igualdad moral y justicia jurídica donde hay igualdad jurídica. (...) las leyes se aplicarán sin favoritismos a todos los que estén en condiciones objetivas descritas en ellas (CALAMANDREI, Sin legalidad no hay libertad., 2016, págs. 43-44).

#### **4.3. Crítica del sistema de la legalidad**

El jurista CALAMANDREI, manifiesta que este sistema de la legalidad ha sido objeto de fáciles críticas en sede filosófica que, sin embargo, no han disminuido su valor en el plano jurídico, es decir, en la práctica. Se ha dicho que las leyes son una ilusión, que las leyes son “irreales”, que no contienen una verdadera voluntad, porque la voluntad abstracta e hipotética no se traduce en acto si no existe la voluntad concreta de quien actúa de conformidad con la ley. De modo que, en realidad, lo que cuenta es la voluntad individual, que es libre de comportarse según la ley o contra ella.

(...) con el sistema de la legalidad el derecho es en realidad creado por el juez que en cada ocasión pronuncia la decisión del caso concreto, la única que verdaderamente cuenta. No hay duda de que el juez tiene siempre, incluso cuando la ley es clara y precisa, un cierto ámbito de apreciación para establecer las relaciones entre esta y el hecho; pero es también cierto que tal ámbito está delimitado por los términos de la misma, y que precisamente en esta delimitación fijada por la ley al juez radica la mayor garantía de la certeza del derecho y de la libertad.

En ese orden de ideas, si es verdad que en la vida ningún caso se parece a otro, también hay que tener en cuenta que la certeza del derecho está dada precisamente por ese trabajo preventivo de abstracción. Con que la ley busca en los casos sólo aquellos rasgos evidentes que estima socialmente relevantes, permitiendo así tratar como categorías homogéneas casos que, de estarse a los caracteres jurídicamente irrelevantes (CALAMANDREI, Sin legalidad no hay libertad., 2016, págs. 37-39).

#### **4.4. La legalidad como base del Estado de Derecho**

En pensamiento de CALAMANDREI, en torno a esta idea elemental de la legalidad, gira toda la estructura del llamado Estado de Derecho, el mecanismo que en sus variados y complicados componentes puede ser reconducido a una única idea matriz: que no solo las relaciones entre ciudadanos, sino también las de estos con las autoridades, deben regirse por leyes preestablecidas, de modo que cada uno se encuentre en condiciones de conocer anticipadamente hasta dónde llegan sus derechos y dónde comienzan sus deberes. Todas las medidas imaginadas en los ordenamientos judiciales para asegurar la llamada “independencia de la magistratura” miran a hacer respetar prácticamente esta escisión entre justicia y política, que es la clave de bóveda del sistema de la legalidad; la justicia del caso individual, que quiere decir arbitrio, está expulsada en la mayor medida posible de este ordenamiento (CALAMANDREI, Sin legalidad no hay libertad., 2016, pág. 36).

## 5. LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA QUE DEBE ADOPTAR TAMBIÉN LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA

### 5.1. Una Corte Suprema para el ciudadano

El profesor NIEVA FENOLL, quien tiene una posición que si bien es compartida por muchos y discutida por otros ante la problemática en forma de interrogante ¿Cuál debería ser la Corte Suprema para el Ciudadano? Es por ello, que antes de responder la interrogante, es preciso, referir lo que el profesor señala al respecto, por ello; sostiene que “(...) la sed de justicia del particular, aunque también despliega una importante función de optimización de las resoluciones judiciales y, a la vez, de control sobre la regularidad de la labor de los jueces inferiores, a quienes se recuerda quien es el soberano y que dichos jueces inferiores no hacen sino aplicar una ley emitida por él. (...) El problema de este modelo es que todos los ciudadanos acaban queriendo acudir al juez supremo. Y no desean que su asunto sea analizado superficialmente, sino que esperan que juez supremo revise su conflicto en todos sus extremos. La consecuencia de ello es que el órgano se colapsa, porque su composición personal siempre es necesariamente reducida para no favorecer la dispersión en las decisiones del órgano. Pero a la pregunta es si el juez supremo debe encargarse de supervisar cada uno de los asuntos que han decidido ya los jueces inferiores. La respuesta a esa cuestión es de pura voluntad Legislativa. Tenemos que decidir con cuantas instancias creemos que pueda obtenerse una resolución judicial con posibilidades razonables de ser correcta. Con dos, con tres, con cuatro, con una o con infinitas. Pero tiene que llegar un momento en que el periplo judicial se acabe. (...) también debe decidirse al mismo tiempo si es necesario que los jueces tengan una instancia suprema, es decir, una especie de soberano que pueda controlar su labor. No se plantea un debate en términos de independencia judicial porque el juez supremo también pertenece al sistema judicial. Pero la cuestión es si el poder judicial debe conocer, en esta versión del juez supremo – instancia para el Ciudadano –

una cúspide, igual que el poder legislativo con el parlamento y el ejecutivo con el gobierno del Estado” (NIEVA FENOLL J. , ¿Un juez Supremo o un Legislador Supremo? En: “El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación”, 2015, pág. 178).

Asimismo, el profesor NIEVA FENOLL señala que “Desde la perspectiva del ciudadano ocurre algo aparentemente muy relevante para él: deja de tener un recurso. (...) ello, es escasamente importante, porque se podría se podría disponer un recurso más dentro de su región o a un nivel territorial más reducido que el Estado. (...) un recurso ante un juez supremo no es netamente imprescindible” (NIEVA FENOLL J. , ¿Un juez Supremo o un Legislador Supremo? En: “El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación”, 2015, pág. 179).

Sin embargo, CALAMANDREI sostiene: “A veces cuando observo en la práctica profesional de todos los días el modo como institucionalmente funciona la Corte de Casación, con su tradicional separación entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente, en tiempos de renovación social, como son los nuestros” (CALAMANDREI, La Cassazione civile., 1920, pág. 617).

En ese sentido, para el profesor, VILLEY, señala que “muchos de nosotros tienen el sentimiento de que a nuestra enseñanza del Derecho le falta algo fundamental. No sabemos demasiado lo que venimos a buscar en ella, ni cuál es el fundamento de nuestros conocimientos; ni hacia dónde vamos, ni de donde partimos. Falta el fin y el principio. Es como si se nos explicase una guía de ferrocarriles, sin decirnos nada sobre el destino del viaje ni la estación de partida” (VILLEY, 1979, pág. 25).

## 5.2. La labor central de los jueces penales supremos

Coincido con el aporte añorado del profesor NIEVA FENOLL, quien sostiene que “hartos ya de retrasos y de jurisprudencia contradictoria y poco ejemplarizante ante los jueces supremos continentales, y de una jurisprudencia excesivamente selectiva ante los anglosajones – que no revela sus males por completo solamente por las tremendas presiones a las partes para que los casos acaben con una negociación en fase de preprocesal -, quizás sería el momento de plantear si dado que el problema es detectar los incumplimientos legales y las discrepancias jurisprudenciales en los tribunales, no sería más lógico que se encargará de ese estudio un órgano que, desvinculado de la posibilidad de recurso de particulares - con lo que no se les crearían falsas esperanzas ni les obligaría a gastar notables sumas de dinero” (NIEVA FENOLL J. , ¿Un juez Supremo o un Legislador Supremo? En: “El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación”, 2015, pág. 189). Tenemos que precisar a lo propuesto por el profesor NIEVA FENOLL, no se aparta de la realidad, esto debido a la poca actividad jurisprudencial que la Corte Suprema elabora, más bien está convertida en una Corte Suprema creadora de doctrina, que en estos tiempos, cuando está en peligro inminente la libertad de una persona, considero, más allá de gastos notables, debería de garantizar el principios de presunción de inocencia y resolver el caso en concreto.

Así, en la línea del profesor de la Universidad de Sao Paulo, Humberto Ávila, quien señala que “(...) Cuando un juez determina la existencia de una regla o de un principio, o inclusive cuando pondera o utiliza los criterios de la razonabilidad y la proporcionalidad, necesariamente está eligiendo alguna teoría de las normas, o una teoría de la ponderación, por ejemplo, aunque no lo diga. El juez [...] no tiene por misión crear doctrinas: más bien debe conocer y usar las que estén a su disposición, eligiendo cuál usar. (...) Aquí es donde entra la importancia de la justificación y el gran problema cuando el juez no dice qué doctrina ha elegido. Él tiene el deber de justificar el

porqué de esta elección. Esta justificación, ciertamente, no es fácil: presupone criterios mínimos para la adopción de una u otra doctrina (esto, curiosamente, es papel de la propia doctrina especializada en teoría de la interpretación y de la argumentación)” (ÁVILA, 2013, págs. 181-204).

En ese entendido, en reflexiones en las que coincido con el profesor NIEVA FENOLL, es que “es posible que protocolariamente no luzca tanto este órgano como tener un pequeño cuerpo de magistrados en la cúspide del Poder Judicial. Pero quizás haya llegado el momento de asumir que el Poder Judicial debe ser ajeno a jerarquías, y sobre todo a cúspides, en protección de su independencia. Y probablemente sea mejor que los jueces se dediquen a su labor central – la resolución de casos concretos, dejando para el legislador la emisión de auténticas normas con vocación de generalidad” (NIEVA FENOLL J. , ¿Un juez Supremo o un Legislador Supremo? En: “El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación”, 2015, pág. 190).

Por tanto, la labor central de los jueces supremos es sin duda la de resolver casos en concreto, más allá de la creación de doctrina, porque es el último recurso que tiene el ciudadano y justiciable para buscar tutela de sus derechos vulnerados, en esa idea, no soy partidario de otro órgano independiente para hacer labores de la alta cúspide como es la labor realizada por la Corte Suprema, considero, que debe de una vez apartarse de sus fines respecto de la Casación, y dedicarse a resolver, para de ese modo, combatir los defectos o malas interpretaciones de los jueces inferiores.

### **5.3. ¿Existe la necesidad de instituir un filtro recursal para un correcto desempeño en la función de la Sala Penal de la Corte Suprema?**

Sin duda, es importante destacar este interrogante planteado en cuanto que sostiene: “los filtros recursales eliminan, de forma legítima, la posibilidad de discutir determinadas decisiones de tribunales ordinarios. No existe un derecho subjetivo a la revisión de las decisiones emanadas en segundo grado de jurisdicción. Tanto es así que nadie tiene derecho a interponer un



recurso especial para revisar la materia probatoria o para solicitar la justicia de la decisión. Por lo tanto, no hay como pensar que los filtros recursales, como el de la *repercusión* general y el *writ of certiorari*, destinados a dar a las cortes una efectiva posibilidad de ejercer sus funciones, reflejen una violación al derecho fundamental de acceso a la justicia” (MARINONI & MITIDIERO, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 2012, págs. 11-15).

En esa idea, MARINONI, sostiene al respecto que existe interés casacional cuando: “(i) cuando la decisión recurrida es contraria a la “doctrina jurisprudencial” del Tribunal Supremo, o sea, a su jurisprudencia consolidada; (ii) cuando hay divergencia entre los tribunales de segundo grado; y (iii) cuando la decisión recurrida aplica normas que entraron en vigor hace menos de cinco años, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto de normas anteriores de contenido igual o similar. El “interés casacional”, como se ve, se destina a permitir que el Tribunal Supremo otorgue unidad al derecho, impidiendo la sobrevivencia de decisiones que le son contrarias y disipando las divergencias entre los tribunales de segundo grado. (...) las decisiones de la Corte Suprema no impactan solo en los casos judiciales, sino, antes de todo, en la propia vida en sociedad, constituyéndose la base para que los hombres y empresas puedan comportarse en un Estado de derecho. Además, cuando están relacionadas con lo que sucede en el Poder Judicial, los precedentes tienen la función de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica y no los objetivos que, en realidad, son meras consecuencias de reducir la carga de recursos o acelerar la prestación jurisdiccional” (MARINONI, 2015, págs. 64,65 y 70).

En mi opinión, no es posible instituir un filtro recursal, esto debido a que no somos un País Federal, por tanto, la Corte Suprema debería de actual abandonando el sistema de la casación, con el objeto de asegurar una verdadera tutela efectiva de los derechos de todos los justiciables, con todo ello, considero que la Corte Suprema realizaría con plenitud su función

jurisdiccional. Si bien en las Salas Penales de la Corte Suprema, hay muchas casaciones, pero se debe centrar en fijar parámetros interpretativos, a la Luz de la Constitución, en vista que estamos frente a un Estado Constitucional, para ello, se puede complementar con los plenos casatorios, pero en la actualidad, no están colaborando para ser utilizados correctamente en las resoluciones según el caso concreto.

#### **5.4. Importancia de la voluntad de interpretar de los juzgadores**

La tarea del juez que define el sentido del derecho se proyecta hacia el futuro, vinculando no solamente su posición personal, como también la regulación de los casos venideros. Definir el sentido del derecho que regulará los casos futuros confiere mayor poder y, por consecuencia, mayor responsabilidad, al juzgador. (...) No basta contar los votos o saber cuáles votos son favorables para la estimación del recurso. Es necesario descifrar, además del fundamento que determina el alcance de la solución interpretativo enfrentado por el colegiado, el número de juzgadores que se adhieren” (MARINONI, 2015, págs. 119-120).

Para el profesor TARUFFO al referirse respecto de las dos posiciones que inspiran a la voluntad del juzgador como son las tesis universalistas y particularistas. La primera, el juez estaría vinculado a decidir en modo uniforme, aplicando deductivamente una regla general sin tener en cuenta los hechos del caso salvo para construirlos de modo tal de hacerlos corresponder al supuesto de hecho abstracto definido por la norma; y por otro lado existe una perspectiva particularista según la cual, en sus versiones extremas, el juez debería decidir teniendo en cuenta solamente los hechos particulares del caso específico, sin tener en consideración ninguna regla general” (TARUFFO, Apuntes sobre las funciones de la motivación, 2016, págs. 142-143).

Como lo precisara COUTURE: “(...) interpretar la ley no es interpretar el derecho sino un fragmento del derecho. Interpretar el derecho, vale decir, desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el

conocimiento del derecho en su totalidad y la coordinación necesaria de la parte con el todo” (COUTURE, 1978, págs. 15-65).

GASCÓN ABELLÁN sostiene que “...la toma de consciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la consciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se vienen prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario...” (GASCÓN ABELLÁN, 2003, págs. 41-42).

LANDONI SOSA puntualiza que “(...) la decisión jurisdiccional está compuesta de dos ingredientes fundamentales: por un lado, el juicio lógico en virtud del cual el juez inserta el caso concreto en la previsión general y abstracta contenida en la norma legal, determinando, por ejemplo, que está en la especie frente a un caso de responsabilidad contractual y no extracontractual, por consiguiente que regirán todos los requisitos de aquella, y no dé ésta; o que el contrato en cuestión , se trate de una compraventa y no de un leasing; y por otro lado; la voluntad del agente, en virtud de la cual éste puede, excepcionalmente, fundándose, en la analogía o en un principio general de derecho, incluir en el tipo legal previsto una hipótesis no contemplada expresamente (...) En esa delicada misión, ya sea

la de adecuar el derecho vigente a una realidad distinta a la que el legislador tuvo en cuenta al dictar la norma, o bien, en la tarea de aplicar la ley general al caso particular, el juez puede errar en el juicio lógico e influido por su sentido natural de justicia puede eventualmente, actuar en forma distinta a la prevista en la norma, lo que puede dar motivo para la promoción de los recursos consagrados por nuestro sistema legal (...)” (LANDONI SOSA, 2016, págs. 110-111). Asimismo, CALAMANDREI considera que “el proceso no se sustrae a esta eficacia estabilizadora del sistema de legalidad, en el que ciertas garantías (como el principio de contradicción o la autoridad irrevocable de la cosa juzgada) fundamentales constituyen casi la proyección de la estabilidad y la certeza de la ley en el campo procesal. (...) no es preciso explicar como todas estas garantías estarían fuera de lugar allí donde el juez, antes que un servidor de la ley, debería ser un instrumento de lucha de las fuerzas políticas en estado puro. Ese arte de la conveniencia y de la adaptabilidad, que es esencialmente político, impondría necesariamente a estos jueces politiqueros la adaptación caso por caso a las instrucciones jerárquicas provenientes de los centros de los que irradia el poder político, y la adecuación, cada vez, de las propias opiniones a las variables contingencias. No es necesario que os recuerde la luz de la historia el modo de funcionamiento de la justicia cuando, en lugar de la ley, imperaba la razón de Estado” (CALAMANDREI, 2009, pág. 86).

## **6. LOS NUEVOS PARADIGMAS QUE DEBE TENER LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL**

KUHN, da una definición respecto de lo que es un paradigma, por ello, lo *hemos* considerado, para así titular este punto, y reza así “para el desarrollo de la ciencia (y podría decirse de las disciplinas en general) se produce a través de un *conjunto* de episodios históricos extraordinarios” (KUHN, 2004, pág. 27). Estos episodios se presentan como innovaciones que respecto de las ideas básicas del periodo anterior se presentan como nuevas formas de ver el mundo y, por tanto, de comprender los fenómenos de una determinada disciplina. A

esos episodios extraordinarios los denomina KUHN “revoluciones científicas” (pág. 27). Cada una de esas revoluciones científicas cambia el modo de ver y comprender el mundo. El paradigma es precisamente “el modelo o patrón aceptado” (pág. 51).

En ese cúmulo de ideas de KUHN, en la actualidad, se viene ya comentando los cambios de modelos que debe tener una Sala de Casación, en otros Tribunal o Corte de casación, para uniformizar, dejando de lado las restricciones que en siglos pasados hubieron y persisten en la actualidad, las propuestas que a continuación se muestran, son de arduo trabajo, dedicación, investigación, que se pretende dar un giro al recurso de casación penal, pero no como modelo de recurso, porque no es el tema de investigación, pero si, para abrir la puerta y entrar a investigar, que si se puede cambiar la mentalidad respecto de la procedencia y causales del recurso, en sentido cambiar no es modificar lo ya magníficamente aportado por nuestros juristas, sino añadir, a lo ya establecido.

### **6.1. La casación penal, como protector del *ius litigatoris***

El profesor PASTOR, sostiene que “(...) más allá de las ampliaciones que el objeto del recurso de casación ha experimentado en su evolución con el fin de llevar más justicia al caso individual y neutralizar en mayor medida la arbitrariedad judicial, la superación de la barrera más contundentemente impuesta para la reprobación amplia de la sentencia, a saber, la desaparición de la distinción entre hecho y derecho, no significa que esa limitación, en la modesta y cuestionable medida en la que pudiera llegar a ser practicada, no siga vigente para los sujetos procesales, distintos del imputado, a quienes la ley también les confiere la facultad de recurrir en casación. (...) sólo el derecho fundamental del imputado a una amplia refutación de la sentencia condenatoria (derecho a defenderse una vez más) ha borrado esos límites de la ley, dado que ellos obstaculizaban de un modo dramático una satisfacción eficaz de ese derecho del condenado” (PASTOR, 2001, págs. 130-132).

En esa idea, el profesor NIEVA FENOLL indica que “el recurso de casación es en muchos casos el único recurso posible contra las sentencias dictadas por la única instancia. Evidentemente que no se puede menoscabar el *ius litigatoris*. (...) se tiene la conciencia de que el recurso de casación es un último recurso para proteger el derecho a la libertad personal del reo, lo que motivó que posea prácticamente siempre el efecto suspensivo. Sin embargo, si se generaliza un sistema de instancias previo al acceso a casación. (...) el Tribunal Supremo deberá proteger íntegramente al litigante, aunque con algunas limitaciones derivadas de su normal funcionamiento como Alto Tribunal, (...)” (NIEVA FENOLL J. , 2000, págs. 256-257)

## **6.2. La de resolver el caso concreto – *ratio decidendi***

Este punto, es sumamente una verdadera interrogante, puesto que hoy en día la Corte Suprema del Perú, no tiene avocado la función de resolver los casos concretos, sino las preocupaciones en la actualidad es crear doctrina, utilizar los plenos casatorios que los mismos magistrados supremos lo elaboran, sin embargo; en algunos son mal utilizados.

Es por ello, que el profesor TARUFFO señala que “la corte suprema debe atribuir sentido al derecho, el ejercicio de su función es estimulado por el recurso del litigante, que desea ver el caso resuelto a su favor. Sin embargo, cuando el recurso abre la oportunidad para que la corte actúe, la solución del caso concreto es un pretexto para que la corte se distraiga de su misión real” (TARUFFO, Corti supreme: acceso, filtro e selezione. In Le corti supreme , 2001, pág. 92)

MARINONI, resalta aún más al señalar que “cuando se piensa en la definición del sentido del derecho interesan los fundamentos determinantes de la interpretación conferida a la ley ante el caso concreto. Son las razones de decidir o, más precisamente, las razones determinantes de la solución del caso o de la interpretación conferida a la ley que, asumen relevancia cuando se tiene en cuenta una decisión que, más allá de referirse a los litigantes, se proyecta sobre todos y pasa a servir de criterio para la solución

de los casos futuros. No basta con saber si la decisión es favorable o contraria al recurrente, sino es preciso comprender el entendimiento de la corte, o mejor, las razones que llevaron a la corte a decidir a favor o en contra del recurrente, escogiendo una interpretación en detrimento de otra u otras. (...) la corte suprema ya no debe limitarse a corregir la aplicación de la ley para resolver el caso concreto, no basta saber apenas su conclusión, siendo imprescindible conocer las razones que justifican su raciocinio decisorio y su elección interpretativa” (MARINONI, 2015, pág. 116) .

Asimismo MITIDIERO, considera que “para ser fiel al Estado Constitucional, el Poder Judicial debe proporcional igualdad frente a sus decisiones. Vale decir: tiene que tratar de forma igual casos iguales y de forma desigual casos desiguales. Y también tiene el compromiso de posibilitar el pronto reconocimiento de cuál es el derecho para determinadas situaciones jurídicas, mantenerlo estable y proteger la confianza depositada en sus decisiones. Así, tiene el deber de prestar tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva a los derechos” (MITIDIERO, 2016, pág. 146).

Asimismo, el profesor PRIETO es de la idea de que “la misión del juez constitucional no consiste en determinar de manera concluyente, cuál ha de ser la única interpretación posible, sino, en cualquier caso, indicar qué interpretaciones resulten intolerables” (PRIETO SANCHIS, 2006, pág. 83).

### **6.3. Las máximas de la experiencia, para el caso en concreto que tenga que resolver y los demás pendientes de resolver**

El profesor STEIN precisa que las máximas de la experiencia “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (STEIN, 1973, pág. 30).

En la metáfora “Sólo Dios teóricamente podría modificar la máxima de experiencia, como hiciera en la batalla de Gabaón, deteniendo el sol” (Jos 10), en la misma idea el profesor NIEVA FENOLL “podría decirse que la máxima de experiencia modificada estaba contenida en la ley, la Biblia, pero el hecho es que no fue la ley lo que podría haber condenado (...) sino su discrepancia con la máxima de la experiencia, o mejor dicho, su discrepancia con la valoración que de esa máxima realizaba el Santo Oficio. (...) El hecho de que la máxima de la experiencia es una entidad de valoración judicial” (NIEVA FENOLL J. , 2000, pág. 170).

En esa idea, NIEVA FENOLL, sostiene que “el juez es el destinatario de las máximas de la experiencia, y también es el único que realmente puede infringirlas. El juez tiene que interpretar las leyes con lógica. Tiene que observar los hechos que las partes le traen al proceso valorándolos de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Y si así no lo hace, su sentencia será anulada. Y hasta puede ser sancionado civil o penalmente. Por ello, esas máximas obligan al juez, disciplinen su conducta, y puede contravenirlas en su actuación, aunque no lícitamente. Dicho de otro modo, se trata de preceptos dirigidos al juez, que tienen carácter jurídico por inserirse en sus juicios de valor. (...) A nuestro juicio el principio de taxatividad en la línea de relajación del principio de legalidad que apuntamos (...) no tiene por qué sufrir menoscabo por la interpretación casacional de estas máximas de la experiencia. Bien al contrario, ayudará a que el tipo penal sea más correctamente respetado por los jueces *a quo*. Igual que se interpreta una ley, si la ley contiene estos criterios, deben ser igualmente interpretados. Por ello, su censura en casación no debe ofrecer dificultades” (NIEVA FENOLL J. , 2000, págs. 171 – 172).

Asimismo, se señala que “sobre la valoración de la prueba, la diferencia entre reglas de la experiencia y mera conjetura reside en el hecho de que en el primer caso el dato ya se sometió, o de todas maneras se somete a la verificación empírica y por ello la regla puede formularse sobre la base del



*id quod plerunque occidit*, mientras que, en el segundo caso, esta verificación no se ha hecho ni puede hacerse, y ella se confía a un nuevo cálculo de posibilidades, así que la regla no es susceptible de verificación empírica y por ende de demostración. Por lo tanto, dado que el juicio que se formula como conclusión del proceso penal nunca puede ser un juicio de probabilidad sino de certeza, incluso las reglas de la experiencia pueden encontrar cabida en la concatenación lógica de varios silogismos en los cuales se sustancia la motivación, pero ciertamente no las meras conjeturas” (CONSO & GREVI, 1994, pág. 234).

El criterio de que las salas penales supremas, puedan tener una labor respecto de las máximas de la experiencia, no sólo a mi opinión personal que ser viable para el caso en concreto mismo que se está a punto de resolver, sino tener una visión a futuro de cómo se debe resolver los demás casos que existen para no crear impunidad, sino todo lo contrario, resolver conforme a los criterios establecidos.

CALAMANDREI, puntualiza que “no vale la enseñanza positivista según la cual el Derecho está todo en la ley, de modo que quien la sirve fielmente puede estar seguro de servir a la justicia. (...) en este sistema de formulación del Derecho, la actuación del mismo se lleva a cabo, no en una, sino en dos etapas. En un primer momento, el Estado, en el papel de legislador, anuncia anticipadamente cuál será el Derecho que hará valer en el caso de que se produzca en la realidad concreta un hecho similar al abstractamente previsto en hipótesis; en un segundo momento, el Estado, en el papel de juez y de ejecutor, comprueba la coincidencia entre la hipótesis abstracta y el hecho concreto, y actúa realmente con la fuerza. De este modo, el legislador se separa del juez no sólo idealmente, sino también en la organización empírica del Estado, en la que estos dos momentos ideales corresponde una práctica distinción de órganos, de funciones y de competencias” (CALAMANDREI, Fe en el Derecho., 2009, pág. 73 y 81).

### **6.3.1. La de admitirse pruebas en vía Recurso de Casación Penal, en defensa de la igualdad y beneficio del imputado. ¿Alteraría la naturaleza del recurso?**

El profesor PASTOR, en este orden de idea, señala “(...) debería admitirse la adquisición en la audiencia del juicio de casación de aquellas pruebas que, justificadamente, puedan servir para tener por cierta o no la refutación de las afirmaciones de la sentencia que pretende el recurrente. Si la impugnación centra su disconformidad con la sentencia que pretende el recurrente. Si la impugnación centra su disconformidad con la sentencia en la valoración de lo declarado por un testigo que, por cierto, ha sido considerado decisivo para el sentido de la resolución, correcto sería que el tribunal de casación reexamine ese testimonio y renueve la cuestión de hecho sólo en cuanto al testimonio cuestionado, cuya recreación en casación estará presidida por el interrogatorio refutativo dirigido por el imputado y quedará expuesta, también, a la contrarrefutación de la fiscalía. Nada se perdería con esta renovación si en lo que se está pensando es en la desaparición irreversible de ciertos datos irracionales del testimonio de una persona: su mirada, el morderse las uñas, su reacción a una pregunta o al ver a otro, una gota de sudor que le recorre el rostro” (PASTOR, 2001, págs. 165-166).

Asimismo, FERRAJOLI, al referirse de los errores fácticos, indica “(...) la verdad procesal fáctica nunca es una verdad probabilística y siempre es posible el error. Quiero decir que las únicas verdades absolutas son aquellas tautológicas de la lógica y la matemática, mientras que en materia empírica – en ciencias naturales, en la historiografía y por tanto también en cualquier investigación o verificación procesal – la verdad absoluta y la certeza objetiva son inalcanzables y es posible sólo su débil subrogado, que es la certeza subjetiva del juez; que la verdad factual no es objeto de

demostraciones, sino sólo de confirmaciones y que por lo tanto, a pesar de las pruebas y el convencimiento, cualquier sentencia puede ser equivocada porque las cosas podrían haberse realizadas al contrario de lo considerado. (...) el valor de la duda, el rechazo de toda arrogancia cognitiva, la prudencia del juicio – de la cual deriva el bonito nombre de “juris – prudencia” como estilo moral e intelectual de la práctica judicial y en general de las disciplinas jurídicas, la conciencia, en resumen, que siempre es posible el error, tanto de hecho como de derecho” (FERRAJOLI, 2016, págs. 191-192).

En ese sentido, MORELLO señala que “...Podrá ser ininteligible para los demás, pero no para nosotros y es de nuestra responsabilidad, sin añoranzas ni pretextos de “doctrina”, cuidarla, revisarla y ponerla cada vez en posición más adecuada para que continúe haciendo lo suyo. Y es mucho lo que con imaginación se puede hacer. Todas las instituciones tienen su página en blanco que, mirando al mañana nos esperan...” (MORELLO A. M., 1993, pág. 374).

Para MARINONI “es imprescindible en un Estado Constitucional cuidar por la igualdad de trato frente a las decisiones judiciales. Nada niega tanto la igualdad como dar, a quien ya tuvo su derecho violado o sufre inminente amenaza de violación, una decisión no conforme con el patrón de racionalidad ya definido por el Poder Judicial en casos iguales o similares. Luego de la emisión de la decisión dotada de razones apropiadas por la Corte Suprema, no hay como admitir, por parte de cualquier juez o tribunal, una decisión que presente razones divergentes. Es inconcebible no percibir que una decisión de ese porte desprecia no solo al Estado de Derecho y del Poder Judicial, sino también a la igualdad, representando lamentablemente arbitrariedad o ingenuidad inexcusable” (MARINONI, Cultura, unidad de Derecho y cortes supremas, 2015, págs. 76 - 77).

Como expusimos al inicio, la casación penal, tiene distinta finalidad que la casación civil, por tanto, aquí donde es donde se lecha y se protege la libertad del reo; ergo es el único recurso que tiene para luchar por su libertad en salvaguarda de los derechos fundaméntateles, vale decir, en lucha del principio de dignidad e igualdad.

### **6.3.2. La casación penal como cuestión de hecho y prueba**

El profesor DE LA RÚA, sostiene que “frente a las normas de derecho procesal, el juez está en posición de destinatario de la norma, la cual le impone su modo de actuación y regula su conducta en el proceso. Su misión, más que declarar el derecho, es cumplirlo” (DE LA RUA, 1991, pág. 69). Es decir, “la casación formal constituye toda una infracción jurídica, pues se trata de un comportamiento inadecuado a lo preceptuado por la ley procesal” (MAIER J. B., 1999, pág. 287).

En palabras de FERRAJOLI “la casación procesal es un juicio sobre el juicio” (FERRAJOLI, 1996, pág. 450), ante tan brillante pensamiento, el profesor PASTOR, interpreta que “no se juzga la conducta del imputado, sino la de los jueces y bajo la lupa del derecho procesal. Aquí la reprobación del agraviado consiste en la impugnación a las autoridades de la persecución penal de haber cometido una o más infracciones de las reglas que regulan su actividad durante el proceso y que deben llevar, de ser ciertas, a la eliminación de la resolución impugnada en cuanto ella sea su consecuencia o esté fundada en dicho quebrantamiento de las formas (...) La casación procesal se traduce en una conclusión que, sin embargo, no parece ya tan normal para la dogmática del recurso: la casación procesal es una cuestión fáctica. Frente a la reprobación procesal el tribunal de casación cumple un verdadero examen factico, en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal”

(PASTOR, 2001, pág. 126), así Fernando de la Rúa expresó que el Tribunal “actúa en esto como un juez de hecho” (DE LA RUA, 1991, pág. 70).

MAIER, al referirse a la prueba en el recurso de casación, considera que “mientras que la inobservancia o la errónea aplicación del derecho sustantivo se deduce siempre del contenido y del sentido de la sentencia, las lesiones del derecho procesal requieren, como cualquier otra cuestión de hecho, ser probadas” (MAIER J. B., 1999, pág. 721 y 733).

HANACK sostiene que “si el juicio no cumple con las conductas exigidas por las normas procesales, la sentencia debe ser eliminada y, para ello, es preciso que la prueba, a realizar en el trámite del recurso si fuere necesario, demuestre que un acto procesal – que es, ante todo, un hecho – ha transgredido una norma de la misma especie. Los vicios del procedimiento encierran, entonces, cuestiones de hecho cuya existencia de reprobación debe intentar demostrar a través de la proposición de las pruebas necesarias para confirmar la infracción” (HANACK, 1999, pág. 337).

En ese sentido, Para DE LA RUA, “el juicio de casación debe prever la producción y adquisición de esas pruebas. (...) la corte de casación actúa como tribunal de mérito para comprobar si es verdad (*questio facti*) que determinada la conducta del tribunal de mérito ha violado la ley procesal, para lo cual puede, excediendo la simple comprobación de las conductas de la causa, producir una investigación para indagar el efectivo cumplimiento de las formas, cuando la demostración de los motivos alegados dependa de un procedimiento probatorio (...) la recepción de las pruebas no está previstamente en el juicio de casación, pues negar su posibilidad implicaría la arbitraria exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por falsedad u omisión no consten en el proceso” (DE LA RUA, 1991, pág. 70).

En ese orden de ideas, PASTOR, en reflexión señala que “estas apreciaciones tienen dos consecuencias de importancia. La primera es que no todo en la dogmática de la casación penal es cuestión de derecho, sino que la cuestión de hecho, en el aspecto procesal de la dicotomía del ámbito de lo reprochable por vía de este remedio, es un componente natural e imprescindible del sistema. La segunda, unida a ella, indica que tampoco el procedimiento probatorio es un tema inédito en el fundamento de la casación penal. Se debe tener claro que, ya por definición, para el examen de las reproducciones de la sentencia que se fundan en los llamados motivos procesales la casación tiene que descender a los hechos y mancharse las manos para comprobarlos, a través del procedimiento probatorio para ello necesario. Esto significa que, en principio no existirían obstáculos razonables para que, si son superadas otras objeciones de principio, la casación utilizara también esta competencia (examen y prueba de cuestiones de hecho) para evaluar igualmente el acierto o no de las reproducciones del imputado que se refieren a la cuestión de hecho sustantiva” (PASTOR, 2001, págs. 129-130).

### **6.3.3. Un recurso de Casación extendida a favor del imputado**

En pensamiento de PASTOR, quien es uno de los profesores que más ha trabajado e investigado respecto de la casación penal, el recurso de casación es en la que se busca mayor protección para el imputado y que le garantice que su caso será estudiado a profundidad, respetando todo los principios y garantías constitucionales, por ello, el referido jurista, señala que “más allá de las ampliaciones que el objeto del recurso de casación ha experimentado en su evolución con el fin de llevar más justicia al caso individual y neutralizar en mayor medida la arbitrariedad judicial, la superación de la barrera más contundentemente impuesta para la reprobación amplia de la sentencia, a saber, la desaparición de la distinción entre hecho y

derecho, no significa que esa limitación, en la modesta y cuestionable medida en la que pudiera llegar a ser practicada, no siga vigente para los sujetos procesales, distintos del imputado, a quienes la ley también les confiera la facultad de recurrir en casación. (...) Solo el derecho fundamental del imputado a una amplia refutación de la sentencia condenatoria (*derecha a defenderse una vez más*) ha borrado esos límites de la ley, dado que ellos obstaculizan de un modo dramático una satisfacción eficaz de ese derecho del condenado. Pero esas limitaciones así ilegítimas para el imputado son legítimas para los demás sujetos del proceso (fiscalía y, en caso de ser admitida, la acusación del ofendido, como asimismo las partes civiles)” (PASTOR, 2001, págs. 130-131).

En el mismo sentido, NIEVA FENOLL, en una autocrítica, considera que “el hecho de no poder discutir sobre los hechos en la casación, configura decisivamente la naturaleza extraordinaria del recurso. Limita la cognición del órgano jurisdiccional a través del recurso, y ello es lo fundamental para la consideración de su naturaleza. Siempre que se pueda fundamentar debidamente que esta restricción existe en la práctica, dicho en otras palabras, siempre que sea demostrable que la limitación a las cuestiones de derecho es materializable en la realidad, su presencia determinará la naturaleza del recurso” (NIEVA FENOLL J. , 2000, pág. 79).

FERRAJOLI sostiene que “el Magistrado, se ha dicho varias veces, no debe buscar el consenso de la opinión pública: un juez debe ser capaz, en base del correcto conocimiento de los actos del proceso, de absolver cuando todos piden la condena y de condenar cuando todos piden la absolución. Las únicas personas en que los magistrados deben ser capaces de tener no ya el consenso, sino la confianza, son las partes en conflicto y principalmente los imputados: confianza en su imparcialidad, en su honestidad intelectual, en su rigor moral, en su

competencia técnica y en su capacidad de juicio” (FERRAJOLI, 2016, pág. 195).

MARINONI, al respecto indica “un sistema que conviva con decisiones diferentes en casos que no tienen ningún motivo racional para ser tratados de forma distinta es un sistema que no solo refleja desigualdad, sino que, además, la estimula, al permitir que ciudadano crea que siempre existe la posibilidad de manipular el caso para conseguir una decisión que le beneficie (...) Si el Estado Constitucional tiene el deber normativo y factico de tutelar los derechos fundamentales, no puede convivir con un tribunal supremo incapaz – por la falta de normas o de eficiencia fáctico administrativa de garantizar la coherencia del derecho, la seguridad jurídica y la igualdad” (MARINONI, 2015).

Por otro lado, HERMES ZANETI sostiene que “la razón principal no se encuentra en una ilusoria confianza en los jueces, sino en el compromiso del derecho con la racionalidad y, por tanto, con la coherencia interna y externa de las decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico. Incluso en el derecho penal (donde no puede alcanzarse el principio de igualdad a menos que sea un beneficio del reo, ya que cada delito es un delito individualizado en su existencia, así como cada sujeto que comete un delito debe tener un tratamiento igualmente adecuado), la racionalidad de las decisiones, con la previsibilidad que de ella deriva, es esencial para el ordenamiento jurídico” (ZANETI JR, 2015, pág. 161).

#### **6.3.4. La infracción al principio de presunción de inocencia como derecho fundamental ¿es recurrible vía recurso de casación penal?**

En este punto, NIEVA FENOLL, en una autocrítica personal referido de la presunción de inocencia “incluso a los ojos de quien escribe, que ha conocido la práctica del recurso de casación penal tal y como es en



la actualidad, no habiendo vivido la época anterior (...) no porque en la actualidad no nos hallemos ante un recurso de casación, sino porque antes se estaba haciendo uso de un recurso de casación, digamos restringido” (NIEVA FENOLL J. , 2000, pág. 185).

El profesor VÁZQUEZ SOTELO, señala “el hundimiento de los viejos dogmas sobre los que férreamente se venía apoyando la jurisprudencia, la valoración de la prueba sujeta a la íntima convicción que venía siendo entendida como función libérrima y soberana, (...) la necesidad de una motivación que justifique la decisión, es decir, no sólo la exigencia de una motivación del juicio, sino la exigencia de una motivación que justifique la decisión; y la inamovilidad o inatacabilidad del relato fáctico” (VÁZQUEZ SOTELO, 1984, pág. 357 y 358).

El jurista MARTÍNEZ ARRIETA, refiere “este control de la estructura racional de la prueba pasa por comprobar la motivación de la sentencia que se configura como el principal elemento de la sentencia penal y a través del que el tribunal de casación va a comprobar la lógica y la acomodación a las reglas de la ciencia y de la experiencia de una convicción plasmada en una sentencia penal. ES, en definitiva, la garantía ciudadana frente al ejercicio arbitrario del poder judicial, porque el Juez está libre de un sistema de prueba legal pero no de una valoración racional de la prueba que ha de motivar” (MARTÍNEZ ARRIETA, 1996).

En esas líneas el profesor también indica que “el tribunal de casación al no disponer de la percepción directa de la prueba no puede decidir cuál es la convicción que debe resultar de la prueba practicada. En este sentido, no puede sustituir una convicción por otra porque aún examinando la documentación del juicio oral carece de la intermediación que le permita valorarla. Pero sí que puede comprobar la justificación dada por el tribunal de instancia sobre la convicción expresada en la sentencia y, concretamente, si la prueba que refleja es una prueba que

tiene un sentido razonable de cargo, lo que no supone una revisión de los hechos, sino del ordenamiento jurídico que incluye la interdicción de la arbitrariedad. (...) El Tribunal Supremo no decidirá el hecho, pero si controlará el ejercicio de la función jurisdiccional a través de la aplicación del derecho vigilando que la decisión sea racional y esa racionalidad se va a extender en todo lo que no esté afectado directamente por la percepción de la prueba” (MARTÍNEZ ARRIETA, 1996, pág. 148).

Así también GERARD precisa “no existe contraposición entre libre apreciación de la prueba y el control casacional porque juzgan materias distintas. Cuando el tribunal de casación revisa la sentencia del tribunal de instancia no hace constataciones propias sobre el material probatorio, sino que comprueba la constatación hecha por el tribunal de instancia. El legislador garantiza la averiguación dejándole, por un lado, plena libertad de apreciación al juez de primera instancia, pero también estableciendo, por otro, una instancia de control para verificar esa averiguación. Fruto de esta complementariedad que se produce al examinar la libre apreciación de la prueba es la fijación de pautas que rigen la forma de valorar la prueba a los que sujetarlos” (GERARD, 1985, pág. 352).

En ese entendimiento NIEVA FENOLL sostiene “si el Tribunal Supremo es un órgano jurisdiccional que realiza la función nomofiláctica, no podía prescindir de las vulneraciones al derecho a la presunción de inocencia (...) pero ello no quiere decir que la valoración de la prueba del juez *a quo* no sea controlable a través de otros parámetros. Y esos parámetros no eran otros que las máximas de la experiencia” (NIEVA FENOLL J. , 2000, págs. 193-194).

Ahora, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE es de la idea que “el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar

exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino, más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2013, págs. 287-290).

### **6.3.5. Un recurso de casación penal por «interés casacional»**

Consecuentemente con esta idea, pese a los cambios introducidos desde su formulación clásica, es precisa todavía una reforma en profundidad de la casación que limite ésta al pleno cumplimiento de la función esencial que está llamada a desempeñar. No obstante, “el éxito de una empresa de este tipo requiere la previa modificación del sistema actual de recursos penales” (GIMENO SENDRA, 1992, pág. 524) con el fin de lograr que éste sea capaz de “asegurar en su conjunto los cuatro valores o funciones que hemos visto le corresponde desempeñar en nuestro Estado Constitucional de Derecho” (FERRAJOLI, I valori del doppio grado e della nomofilachia, 1992).

Si se quieren respetar las anteriores premisas la solución pasa, a nuestro modesto entender, por dos líneas básicas de reforma; una, encaminada a atribuir al recurso de apelación las funciones de control de la legalidad y justicia de la decisión, y, otra, corolario de la anterior, dirigida a reservar la casación penal para aquello que constituye su fundamento o razón de ser, esto es, el mantenimiento de la uniformidad del derecho ordinario a nivel interpretativo.(falta comillas) (VECINA CIFUENTES J. , 2003).

### **6.3.6. Acceder al recurso cuando persista una infracción a la dicotomía de la prueba. Con ello se propone un “acceso al recurso de oficio”**

El profesor PÉREZ SARMIENTO define la dicotomía de la prueba “es una característica que presenta la actividad probatoria en el proceso penal acusatorio, que se manifiesta en la doble connotación que tienen las fuentes de prueba; las cuales se recogen a través de los actos de investigación sin intermediación ni contradicción, pero se reproducen luego en el debate oral y público bajo condiciones irrenunciables de contradicción e intermediación. Esta característica nos permite la comparación entre el contenido inicial de la fuente de prueba, tal como fue incorporada al proceso durante la fase de investigación preparatoria y el contenido de esa fuente durante su reproducción en el debate oral y público” (PÉREZ SARMIENTO, 2011).

Pero que hacemos ante esta situación en donde el recurso de casación por su fin nomofiláctico y extraordinario, nos impide denunciar una mala valoración de la prueba, tornándose el asunto demasiado complicado e imposible, Pero, frente al Estado Constitucional, esto tiene que girar de una manera distinta, en protección a las garantías del imputado. Es por ello, que el profesor Pérez Sarmiento, ante esta situación, sostiene que “se puede cobijar jurídicamente bajo las causales que se refieran a la deficiente valoración la prueba, a la falta de motivación respecto a ella o a la indebida aplicación de las normas que rigen la valoración de la prueba. Se puede alegar cualquier causal de derecho que se refiera directamente a errónea valoración de la prueba. Aduciendo que el tribunal de juicio erró al conferir valor a las declaraciones del testigo o perito en juicio, cuando debió a haber preferido sus dichos del sumario o viceversa. También por haber incurrido en falta de motivación o motivación contradictoria respecto al valor que atribuye al testimonio objetado” (PÉREZ SARMIENTO, 2011, págs. 125, 126 y 127).

Es por ello, que estoy recomendando un artículo, como parte de mi propuesta, en la que denomine “acceso al recurso de oficio”, es decir, si bien, no cumple con las causales de procedencia, e incurre en las causales para ser declarado inadmisibles en casación penal se entiende por rechazado el recurso planteado. En este caso de oficio, la Sala Penal puede por algún punto en específico, ya sea por una falta de valoración de una prueba o infracción constitucional, admitir el recurso, pero solo por el extracto señalado, o el punto específico, esto a raíz de una protección las garantías constitucionales del imputado.

Esto nace a raíz que lleve un caso, en la cual durante todo el proceso se le imputaba delito de robo agravado, por causales establecidas en el tipo penal, uso de arma blanca, dos o más personas etc., lo curioso que cuando me doy cuenta al revisar el expediente, no existía, es decir, en el acta de registro personal. No se indicaba el tipo de arma blanca, supuestamente era un cuchillo, y no estaba especificado, otra cosa que me llamo la atención, no existía certificado médico legal, para detectar o valorar que hubo violencia o amenaza. Ante ello, fue condenado a 10 años de privación de libertad. Por estas razones, me pregunte, la Corte Suprema, de garantizar protección, no dejarse más llevar por la naturaleza misma del recurso, esperemos, que todo sea para bien, el esfuerzo puesto en esta investigación logre sus propósitos trazados.

## 7. LA CONSTITUCIÓN INMERSA EN EL ROL DEL DERECHO PROCESAL PENAL

En primer lugar, debemos partir, con lo que señala el artículo artículo 1° de la Constitución establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. La dignidad humana constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” (Caso: Marcelino Tineo Silva y otros contra los decretos leyes de terrorismo, 2003); representa el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser

concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general. Siendo así, la persona humana es el soporte del orden político y la paz social (Caso: Reforma del régimen pensionario, 2005).

Para poder concebir el verdadero significado de la Constitución es necesario partir de su concepción como norma fundamentadora de todo el Sistema Jurídico y su cometido como guía primordial del Ordenamiento. De ello se desprende que la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político (Caso: Hunt Oil Company of Perú L.L.C. , 2005).

Como norma jurídica suprema del Estado, la Constitución, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º), vincula al poder político y a los particulares<sup>12</sup>. Esta vinculación comprende, claro está, los derechos que contiene. Por tanto, el operador penal está supeditado al mandato constitucional. De ahí que el artículo 38º de la Constitución atribuya a los jueces el control difuso, esto es, del poder deber de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas.

Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos

---

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional ha establecido que “los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan, y por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad”. (Caso: Eusebio Llanos Huasco, 2003)

fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) (Caso: Barrera Electoral, 2006). El “Derecho de la Constitución”, se configura como el conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (Caso: Lizana Puelles, 2005).

En ese sentido, la conexión del sistema penal debe empezar por la Constitución, pues ella contiene los principios básicos de todo el ordenamiento jurídico. La importancia del Derecho constitucional en el proceso penal es indiscutible, es más resulta necesaria. GOLDSCHMIDT expresa que el derecho procesal penal “es el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución” (GOLDSCHMIDT, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, pág. 109), para ROXIN el Derecho procesal penal “es el sismógrafo de la Constitución del Estado” (ROXIN, 2000, pág. 10); en ese mismo sentido, MAIER afirma que el derecho procesal penal hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, es un “derecho constitucional reformulado o derecho constitucional reglamentado” (MAIER J. , pág. 162). En estas afirmaciones, se refleja la concordancia con el respeto de los derechos fundamentales.

Es por las razones, antes señaladas, que las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales (Caso: Reforma del régimen pensionario, 2005). La Constitución como concreción de la norma y de la realidad social, política y económica, es el parámetro fundamental para establecer la conformidad de la norma legal con dicha realidad constitucional (Caso: Regalías Mineras, 2005).

### CAPÍTULO III. PROPUESTA DE REFORMA COMO APOORTE AL DERECHO

#### 1. PLANTEAMIENTO PARA UNA ADECUADA REFORMA NORMATIVA RESPECTO DEL ROL DE LA SALA PENAL SUPREMA,

El planteamiento elegido en esta investigación, para una adecuada reforma normativa, en especial del artículo 427 inciso 4). del Nuevo Código Procesal Penal, es de gran amplitud, puesto que marca una gran importancia para la Comunidad Académica en virtud a que es específico (estudia la institución del Rol de las Salas Penales Supremas en el Marco del Estado Constitucional); nunca antes tocado pero desde luego discutido, donado que postula una propuesta de solución a un problema operativo en la Administración de Justicia para una mayor eficacia, no sólo se remedia restringiendo aún más el acceso al recurso, sino fijar controles de garantías constitucionales al debido proceso, lograr ser una Sala Suprema Unificadora de Jurisprudencia, y no una Sala Suprema creadora de Doctrina Jurisprudencial, para de este modo resolver causas inherentes al justiciable con cierta protección en tan sentido, adecuar la forma de que sea una sala revisora de hechos en base análisis probatorio que cause duda de su valoración en instancia inferior, puesto que es el último recurso que tiene el imputado para luchar por su libertad.

Me pregunte: ¿Cómo lograr ello? En un primer momento, por los fines y naturaleza de la casación es imposible, pero a lo largo de toda mi investigación, me encontré con una selecta doctrina española, que si haría pensar de ser viable mi propuesta, en ese sentido, no considero que tenga que existir conflictos con el Tribunal Constitucional, dado que éste verifica los incumplimientos formales, y la Sala Penal Suprema fijaría los estándares de las Garantías constitucionales, dado que la tutela integral de los derechos exige que tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Penal de la Corte Suprema verifiquen las Garantías Constitucionales, es decir su materialización dentro del Estado Constitucional. “Es importante debido a que el rol dl juez debe estar encaminado a la evolución



probatoria, marcos constitucionales, estatutos, convenciones, y no quedarse en la evolución de la dogmática del tipo penal” (CAENEGEM, 2011, pág. 160).

Considero que es original, puesto que el tema ha sido estudiado pero aún nada desarrollado con rigurosidad dentro de la comunidad académica peruana y su viabilidad de aplicación en la realidad de nuestra realidad social económica; es viable en cuanto a fuentes secundarias dado que el instituto viene siendo debatido constantemente, existiendo bibliografía en nuestro idioma (algunas traducidas), siendo las fuentes primarias materia de búsqueda en el desarrollo de la investigación, doctrina Española e italiana, puesto que lo han trabajado en varios manuales, que serán de mucha utilidad para poder desarrollar mi tema. Ahora bien, “...Entre el obrar pronto, pero mal, y el obrar bien, pero tarde, la doble instancia satisfaría más bien el segundo a la vista del afán de asegurar justicia a costa de una razonable demora en su declaración...” (ARANGÜENA FANEGO, 1995, pág. 59).

Es por ello, que muy aparte de mi propuesta de modificación normativa al artículo ya señalado, también propongo una recomendación, es decir, crear un artículo dentro de la Casación Penal que esta también sea un recurso de oficio, es decir para un tema puntual, del mismo, y que no afecte, los intereses de los imputados, con ello, lograr desde luego, una mayor protección para el imputado, no con el propósito de liberarlo, sino por el contrario, salvaguardar los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución Política del Perú.

En ese sentido, SAN MARTÍN CASTRO precisa que el artículo 141° de la Constitución atribuye a la Corte Suprema, con exclusividad, el conocimiento del recurso de casación. La competencia del Supremo Tribunal, sin embargo, está delimitada en dos motivos: negativo, el primero, y positivo, el segundo. En efecto, si la acción se inicia en una Corte Superior o ante la Corte Suprema (jurisdicción ordinaria) no es posible que el órgano jurisdiccional supremo falle en casación: debe fallar en última instancia, es decir, en vía recurso de apelación u otro similar, de contenido instancial u ordinario. Por otro lado, por disposición expresa, la Corte Suprema conoce en casación de las sentencias del Fuero

Militar que impongan la pena de muerte (en concordancia con los artículos, 141° y 173° de la ley fundamental)” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Cuestiones del Derecho procesal penal, 2014, pág. 867).

El juez, hoy lo mismo que antaño, no procede por vía de silogismos. Lo que hace es añadir después ficticiamente la apariencia de una forma seudosilogística. Sabemos muy bien que el trabajo efectivo de juez consiste hoy lo mismo que ayer en buscar la solución de derecho por la vía de la dialéctica; en elegir la regla adecuada entre las reglas legislativas alegadas por los litigantes, reglas que son concordes y que no constituyen en modo alguno un orden jurídico homogéneo. Consiste, cuando ello es necesario, en ir más allá de la regla legislativa: en forjar nuevas reglas, en pronunciar una sentencia adecuada al caso concreto, el cual es siempre nuevo. Si en la decisión del derecho por el juez existe siempre esa parte viva e imprevisible, entonces es ilusorio edificar una ciencia axiomática del derecho. RECASÉNS sostiene que hay menos seguridad cuando se vive dentro de la ficción de un régimen deductivo, que cuando se reconoce, a todas luces, el procedimiento de la controversia; y cuando se tiene conciencia de que el tema medular de la decisión judicial es el ejercicio de la dialéctica, o arte del diálogo o del debate” (RECASÉNS SICHES, pág. 424).

Los magistrados de la Corte Suprema, deben tener mayor exigencia en el respeto a la Constitución, porque si bien es cierto que el juez está sometido a la ley (principio de legalidad), también lo es que está sometido a la Constitución (principio de constitucionalidad), y ello significa que debe hacer una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto; es decir, debe considerar, junto a las razones de la ley, las razones de la constitución” (GASCÓN ABELLÁN, 2003, pág. 38).

Es de general conocimiento que, los poderes jurisdiccionales del juez” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2014, pág. 614), son limitados entonces por los derechos fundamentales del procesado, límites que importan una contención al poder represor del cual se encuentra investido el poder jurisdiccional, en consonancia con la idea de tutelar al máximo las libertades individuales y de someter la

violencia punitiva al principio de mínima intervención. La Corte Suprema, crea y recrea el derecho que rige el caso desde el prisma siempre vivo y mutable de la Constitución. Por eso integra y adapta la ley a las nuevas estimativas de la comunidad y a un sentido más funcional y efectivo de las garantías, la primera de las cuales es asegurar en concreto y, plenamente, el proceso justo” (MORELLO A. M., 1993, pág. 61).

PÉREZ LUÑO, invita a una reflexión, que comparto, la que señala que “la componente racional en la que todo juicio pretende fundarse, se trata de un valor y, por tanto, consiste en una aspiración hacia el juicio justo. Asimismo, la actividad decisoria en la que juzgar consiste debe realizarse en el seno de sistemas y estructuras normativas, que la preserven de la arbitrariedad. La tarea de juzgar representa un aspecto básico e insoslayable de la experiencia jurídica. Contribuir a clarificar su significado ha sido el principal propósito de estas reflexiones. Al concluir las estimo que del itinerario reflexivo que se ha seguido hasta aquí. Pueden inferirse algunas consecuencias:

- a. Que el intento de responder a la pregunta: ¿Qué significa juzgar? Reenvía a otras dos cuestiones concomitantes: el problema de la creación judicial del derecho y los ingredientes constitutivos del juicio.
- b. Que, de las distintas concepciones jurídicas sobre la dimensión creativa de la función judicial, de las que se ha esbozado un mapa de modelos teóricos, solo dos resultan abiertamente incompatibles con el Estado de derecho: el modelo demiúrgico y las doctrinas que postulan el arbitrio judicial.
- c. Que el valor teórico-jurídico de los seis modelos restantes que integran esa propuesta taxonómica se halla en directa relación con su capacidad explicativa para describir la tarea de juzgar en los distintos sistemas del constitucionalismo comparado. Ello no es óbice para que la Filosofía jurídica pueda proponer modelos prescriptivos de lo que estime debe ser el paradigma ideal de la función de juzgar en el Estado de derecho.
- d. Que para elucidar el sentido del juicio me parece más fértil la investigación de los procesos vertebrados de la decisión judicial, que la reincidencia en los

consabidos debates sobre si los jueces crean o no derecho. Esta opción metódica permite plantear el significado del juicio como resultado de un proceso en el que se articulan las percepciones sensitivas, el razonamiento y la voluntad, normalmente encauzada, del juzgador.

Que el ámbito normativo, en el que la decisión judicial se inscribe y se explica, no agota su significativo pleno. La decisión del juez es una manifestación de justicia procesal, es decir, una tarea realizada desde las normas vigentes en un ordenamiento jurídico. Pero eso no exime al juez de la búsqueda de la solución correcta del caso concreto, en términos de justicia material. Justicia formal y justicia material deben implicarse plena y simultáneamente en la tarea de juzgar. Esta propuesta se aparta de algunas de las decisiones de Tribunal Constitucional que, como se ha tenido ocasión de exponer supra sustentan que la exigencia de motivación racional de las decisiones judiciales se circunscribe a la correcta aplicación del derecho, sin que se extienda al acierto, en términos de justicia material, del caso concreto” (PÉREZ LUÑO, 2010, págs. 103-104).

Asimismo, hemos desarrollado líneas arriba respecto de la finalidad de la Casación Penal, que a mi juicio debe ser distinta a la Casación Civil, es por ello, que discrepo con el jurista SAN MARTÍN CASTRO, en señalar que la Casación es eminentemente defensora del *ius constitutionis*, por la cual, no comparto dicho pensamiento. Consecuentemente, el jurista antes mencionado indica “la casación tiene una finalidad eminentemente defensora del *ius constitutionis*, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y b) la función uniformadora de jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Cuestiones del Derecho procesal penal, 2014, págs. 869-870).

MARTÍNEZ ARRIETA considera que “la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia

de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal” (MARTÍNEZ ARRIETA, 1996, pág. 20).

En ese sentido, el recurso de casación no constituye una nueva instancia, pues el conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema aparece delimitada por unos concretos motivos, y si bien se concentra en vigilar la obra del juez asegurando el respeto a la Ley y manteniendo la unidad de la jurisprudencia, también vela por el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable en su más amplio contenido (artículo 139°.3 constitución), al asegurarle la posibilidad de someter el fallo de instancia a un Tribunal Superior” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Cuestiones del Derecho procesal penal, 2014, pág. 870).

Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial se exige que se trate de una situación con proyecciones a la necesidad de desarrollo-unificación de la jurisprudencia, ya que sea porque existan vacíos o se requieran ciertas puntualizaciones en un tema concreto, o se pretenda, de ser el caso, variaciones jurisprudenciales” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015, pág. 720).

## **2. APORTE A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PROBLEMA INVESTIGADO, MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 427. INCISO 4 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO EN CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULO 430 INCISO 3 Y 429 INCISO 5 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO.**

En principio, toda la investigación se ha tornado respecto a cómo el Estado Constitucional bajo dicho parámetro, puede fortalecer a la Corte Suprema, y, ésta en qué medida puede acoplarse a ella, para encontrar el equilibrio perfecto, desde luego en defensa de los derechos fundamentales, y, respetando las garantías constitucionales y principios.

Sobre este punto de las garantías y principios constitucionales, se ha tocado mucho, de que efectivamente, el rol que tiene actualmente las Salas Penales Supremas, es un rol garantista al cumplimiento y respecto de las normas y el

ordenamiento jurídico, pero me pregunto: ¿Eso es todo? muy aparte de la unificación de la jurisprudencia, que mas, podemos fortalecer, acaso nos traba los límites del mismo recurso de casación o su naturaleza misma.

En ese orden de ideas, la investigación, si bien es el rol de las salas penales supremas en el marco del Estado constitucional, éste está delimitado, en función al recurso de casación, más que todo al objeto impugnado, *la casación excepcional*, en base a ello, se busca mejorar, la propuesta de este inciso, y recomendar desde luego un artículo con supuestos, que, desde luego, protejan al imputado, en la medida que es el último recurso que tiene para obtener su libertad, es por ello, que se debe de solucionar la procedencia al acceso al recurso de casación.

Es por ello, que SAN MARTÍN CASTRO, un gran procesalista, uno de los creadores del capítulo de la Casación Penal, estructurado y detallado, es desde luego que mi propuesta, sería absurda o quizás, no estamos aún dentro de dicho paradigma de parámetros constitucionales, o quizás, es redundante, tal vez la finalidad y la naturaleza misma del recurso de casación no lo pueda hacer viable, en tanto, que en toda la investigación, se ha constatado que en algunos años, como lo dijo CALAMANDREI en una frase, mencionando que porque el hecho y el derecho están separados, no lo podía concebir, es por ello, mi inspiración.

SAN MARTÍN CASTRO, al referirse al artículo 427.4 del Nuevo Código Procesal Penal, señala “la regla de excepción general, de apertura discrecional es lo que se denomina “casación excepcional”, estriba en que, más allá de la entidad de la resolución impugnada y su no impugnabilidad regular, resulte necesario para el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Se trata de un modelo de *certiorari*, medianre decisión motivada de ahí su peculiaridad – que autoriza a ampliar judicialmente el acceso a la Corte Suprema (...)” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015, págs. 718-719).

Tenemos a este punto que la sentencia casatoria colombiana n°. 23812, de 19-08-05, señalo que corresponde al casacionista indicar si pretende fijar el alcance interpretativo de alguna disposición o la unificación de posiciones disímiles de la

Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterios de autoridad” (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Lecciones, 2015, pág. 719).

## **2.1. Propuesta de norma jurídica**

### **a. Formulación de nueva norma para ser incorporada al Nuevo Código Procesal Penal**

En el Código de Enjuiciamiento Civil español en su artículo 477° prescribe:

“Artículo 477 Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1.º Cuando se dictarán para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina

jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

En el presente Proyecto de Investigación, no se podrá formular una nueva norma para ser incorporada en nuestro Nuevo Código Procesal Penal, dado que se está cuestionando el contenido normativo de un dispositivo legal ya existente, como es el caso del Artículo 427º del N.C.P.P. y los artículos 429.5º y 430.3º del N.C.P.P. Por ello, solo nos limitaremos a formular la modificación del mencionado artículo en el literal siguiente.

**b. Formulación de las normas modificatorias o sustitutoria de la existente en el Nuevo Código Procesal Penal.**

Texto Vigente del Artículo 427.4º del Nuevo Código Procesal Penal

“Artículo 427 Procedencia. -

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.
2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:



- a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
  - b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
  - c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.
3. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.
  4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

**c. Propuesta de Texto Modificatorio del Artículo 427.4° del Nuevo Código Procesal Penal:**

“Artículo 427 Procedencia. -

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.
  - a. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:

- a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
  - b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
  - c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.
2. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.
  3. **Será procedente el Recurso de Casación, cuando se opongan a la infracción de las normas constitucionales, entiéndase norma en sentido lato, siempre que ésta no perjudique al imputado, asimismo, en forma discrecional, y si lo considera necesario para un estudio profundo de unificación de jurisprudencia aplicable al caso en concreto.**
  4. **Será procedente el Recurso de Casación, cuando se oponga indebidamente a la presunción de inocencia, afectando derechos fundamentales, como el debido proceso, y los componentes que lo integran.**
  5. **Será procedente el recurso de casación, cuando se opongan al cumplimiento de las reglas probatorias, es decir; cuando estas no han sido correctamente practicadas, actuada ni valorada en el juicio oral, la Sala Penal de la Corte Suprema, al observar las vulneraciones y afectaciones, de forma discrecional, y si lo considera necesario para un estudio profundo de unificación de jurisprudencia aplicable al caso en concreto.**

Texto Vigente del Artículo 430.3° del Nuevo Código Procesal Penal

“Artículo 430 Interposición y admisión. -

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

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

**d. Propuesta de Texto Modificadorio del Artículo 430.3° del Nuevo Código Procesal Penal:**

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.
2. Interpuesto recurso de casación, la Sala Penal Superior sólo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código.
3. **Si se invoca el numeral 4) y 5) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar las afectaciones a los derechos fundamentales, las garantías constitucionales afectadas al debido proceso de sus componentes que lo integran. Así como también, desarrollar adecuadamente las vulneraciones y afectaciones a las reglas probatorias.**
4. **En el caso de la presunción de inocencia, este tiene que estar expresamente señalado los componentes afectados, para que la Sala Penal Suprema, pueda de antemano, evaluar la motivación defectuosa de la sentencia, para que, en este caso, permita revisar la parte probatoria y lo pueda**

**actuar de modo más directo, para tener un alcance inmediato de la cuestión probatoria en cuestión, en otros casos, no señalados, no serán tomados en cuenta.**

5. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.
6. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un Distrito Judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la Sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.
7. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

Texto Vigente del Artículo 429° del Nuevo Código Procesal Penal

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

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

2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

**e. Propuesta de Texto Modificatorio del Artículo 429.5 ° del Nuevo Código Procesal Penal:**

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

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. **Si la sentencia o auto se aparta del estudio profundo para la unificación de la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional, en**

**perjuicio del imputado a su presunción de inocencia debidamente fundamentado y sustentado.**

- 6. Si la sentencia o auto ha sido expedido, sin motivación, ni argumentación interpretativa de la cuestión de derecho y cuestión de hecho, ni haciendo uso correcto de las técnicas de la máxima de la experiencia, resultado, un vicio que pueda ser subsanable, para aplicación del caso en concreto.**

Estas modificaciones, fueron a raíz de una reflexión que Roxin sostiene respecto de la protección al recurso de casación, lo cual indica que “la casación no cumple en sentido estricto ninguna de las finalidades tradicionales del recurso, sino solo cumple con una función protectora realista. Antes bien, según la voluntad del legislador, el fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista, pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos, por ello, es que el legislador ha entregado la cuestión de hecho (esto es, las consideraciones fácticas que se vuelvan más dificultosas con el paso del tiempo; ante todo, la prueba testimonial, debido a la disminución de la memoria) al juicio exclusivo del juez de primera instancia como juez de hecho (merito), y ha limitado al Tribunal de casación [...] a la comprobación de las lesiones de la ley y, con ello al control de la cuestión de Derecho” (ROXIN, Derecho procesal penal, 2000, pág. 469).

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico procesal vigente va a permitir que la Sala Penal Suprema, cuando observe, vulneraciones y afectaciones a las garantías constitucional, así como afectación a las reglas de prueba, presunción de inocencia, se va a tener que acceder al recurso, por tanto, la Sala Penal de la Corte Suprema va tener que admitir, y debatir en el juicio de Casación, las causales planteadas en beneficio del imputado.

### 3. RECOMENDACIÓN

Si perjuicio de las modificatorias planteadas, también recomiendo un nuevo artículo, que puede ser implementado en el capítulo de recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal, y es el siguiente:

#### **Artículo. - 429 – A.- Acceso al recurso de oficio**

**Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 428° respecto de la desestimación del recurso de casación, éste podrá ser estimado de oficio por la Sala Penal de la Corte Suprema, cuando en vista que se advierta un perjuicio en el fondo del proceso, podrá:**

- 1. De oficio, admitir a trámite el recurso de casación, solo en el ámbito en que la Sala Penal Suprema encuentre un estudio profundo para lograr unificar la jurisprudencia para el caso en concreto.**
- 2. Cuando, no cumpliendo con las causales del artículo 429°, éste se encuentra inmerso en afectaciones a la norma de infracción constitucional, una causa de inadecuada valoración probatoria, en lo que hace posible resolver el caso en concreto y de esa manera sostener criterios jurisprudenciales, la Sala Penal admitirá el recurso de casación.**
- 3. A todo lo señalado, todo está inmerso en la protección y seguridad jurídica del imputado, en ningún caso, ésta admisión de oficio del recurso será perjudicial para el imputado, caso contrario de que así lo fuera, será inadmisibles.**

Esta recomendación de aporte a la norma jurídica, pretende, desde luego lograr una mayor protección a la certeza y seguridad jurídica en favor del imputado, por estar en peligro su libertad personal, para que, en el desarrollo de todo el proceso, sea éste bien estudiado en torno a las reglas probatorias, cuestiones de hecho y de derecho, en una adecuada interpretación de la norma jurídica.



## CONCLUSIONES

1. Las modificatorias en protección a la seguridad jurídica en favor del imputado, en relación a la revisión de las cuestiones de hecho, en ningún momento, se pretende crear más sobrecarga laboral a las salas penales supremas, sino todo lo contrario lograr mayor protección de los derechos fundamentales.
2. La mayor protección de los derechos fundamentales es la de uniformizar la jurisprudencia, en base al principio de igualdad, a un tratamiento justo y equitativo respecto de la interpretación de la ley.
3. Se busca retener la casación penal para su razón de ser, es decir, mantener uniformidad del derecho de instancia ordinaria, con un nivel correcto de interpretación, con ello, lograr que las instancias inferiores, realicen una labor en respecto a las normas constitucionales, en salvaguarda de protección al imputado, como lo hemos venido diciendo anteriormente, el recurso de casación, es el último recurso que tiene un imputado, para batallar por obtener su libertad. No menos importante en lo civil, pero una gran diferencia es que, en lo civil, este en peligro la pérdida de tu propiedad, y otra muy distinta, estar en juego la pérdida de tu privación de libertad.
4. Es por ello, que esta investigación ha diseñado, los fundamentos para empezar a creer en nuevos paradigmas en la que las Salas Penales de la Corte Suprema, dejen de ser procedimentalista, en pocas palabras legalista, que se pueda dar un control de las cuestiones de hechos y cuestiones de derecho para la mejor solución de los conflictos inherentes al justiciable, fijando estándares de control de garantías constitucionales, para no cometer infracciones a la norma constitucional, así también tutelar la defensa de los derechos fundamentales a favor del imputado, en un marco de Estado Constitucional, que responda a las necesidades de la realidad social, política, económica y cultural del Perú.
5. En la idea de un Estado Constitucional, las Salas Penales Supremas tiene un mayor deber de justificar adecuadamente sus decisiones en busca de tutela de los principios constitucionales y el debido proceso.
6. En materia penal es posible controlar hechos y las reglas probatorias mediante el recurso de casación o el recurso de nulidad. No obstante, a nivel de casación

civil como se tiene conocimiento, por cuestiones básicas de impugnación que las discusiones de los hechos se agotan en segunda instancia, en la sala superior, en esa idea como es lógica, que si continuásemos controlando hechos en materia civil a nivel de casación se iría en contra de la naturaleza de la casación, que es controlar únicamente la interpretación del derecho y uniformizarlo. Es cierto, la justicia del caso concreto o, en fin, pero eso se agotó en segunda instancia. Como definiendo, en materia penal es distinto, el paradigma debe cambiar, dado que es el último recurso que tiene el imputado.

7. Encontrar un modelo que es el que no planteo, en donde se discutan los hechos *ad infinitum* genera inseguridad en lo civil, pero en lo penal garantiza la protección de las garantías debido proceso y tutela judicial efectiva, por ello me pregunte al iniciar la investigación: ¿Porque no crear una corte por encima de la suprema? Con la finalidad, que pueda seguir revisando los hechos, porque quizás la corte suprema pueda aun ampliando su función, seguir cometiendo vulneraciones a derechos fundamentales, prácticamente, en temas penales hace ya mucho tiempo existe la discusión respecto de los hechos, porque a nivel penal es fundamental y trascendente porque se busca lo mas próximo a la verdad material, dado que no se quisiera imponer una pena sin tener certeza de la existencia de los hechos ilícitos, en cambio todo cambia en la esfera civil, el tema es más restringido. A nivel de comparación jurídica, no hay modelos únicamente de *civil law* y *common law* (reino unido y sus colonias). Pero mi criterio respecto de los precedentes, es el de ideología del reino unido y sus colonias, el Perú no es un sistema federal, por tanto, un rol frente al estado constitucional, sería una corte suprema en la que deba primar la uniformización de la interpretación jurídica en la jurisprudencia.

## BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

caso: Acción de amparo interpuesta por Ópalo S.A. y otros contra don Juan Carlos Hurtado Miller, exp. n.º 0273-93-AA/TC (8 de enero de 1998 ).

Caso: Ministerio de pesquería, Exp. n.º 00200-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 15 de octubre de 2002).

Caso: Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 0976-2001-AA/TC (FJ. 6) (Tribunal Constitucional 13 de marzo de 2003).

Caso: Eusebio Llanos Huasco, Exp. n.º 0976-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 13 de marzo de 2003).

Caso: Luis Patroni Rodríguez, Exp. n.º 1546-02-AA/TC (Tribunal Constitucional 14 de octubre de 2003).

Caso: Marcelino Tineo Silva y otros contra los decretos leyes de terrorismo, Exp. n.º 0010-2002-AI/TC (FJ. 161) (Tribunal Constitucional 3 de enero de 2003).

Caso: Ramón Campos Esparza, Exp. N° 2940-2002-HC/TC (FJ. 3) (Tribunal Constitucional 30 de enero de 2003).

Caso: Gonzáles Arribasplata, Exp. n.º 2521-2005-PHC/TC (FJ. 5) (Tribunal Constitucional 24 de octubre de 2005).

Caso: Hunt Oil Company of Perú L.L.C. , Exp. n.º 0002-2005-AI/TC (FJ. 3) (Tribunal Constitucional 2 de febrero de 2005).

Caso: Lizana Puelles, Exp. n.º 5854-2005-PA/TC (FJ. 3-6) (Tribunal Constitucional 8 de noviembre de 2005).

Caso: Magali Medina Guerrero, Exp. n.º 06712-2005-PHC/TC (FJ. 13) (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).

Caso: Reforma del régimen pensionario, Exp. N° 0050-2004-AI/TC (FJ. 16) (Tribunal Constitucional 6 de junio de 2005).

Caso: Reforma del régimen pensionario, Exp. n.º 0050-2004-AI/TC (FJ. 46) (Tribunal Constitucional 6 de junio de 2005).

- Caso: Reforma del régimen pensionario, Exp. n.º 0050-2004-AI/TC (FJ. 16) (Tribunal Constitucional 6 de junio de 2005).
- Caso: Regalías Mineras, Exp. N.º 0048-2004-AI/TC (FJ. V) (Tribunal Constitucional 01 de abril de 2005).
- Caso: Regalías Mineras, Exp. n.º 0048-20 04-AI/TC (FJ. V) (Tribunal Constitucional 1 de abril de 2005).
- Exp. N.º 0002-2005-AI/TC (FJ. 3), Expediente N.º 0002-2005-AI/TC (FJ. 3) (Tribunal Constitucional 2 de febrero de 2005).
- Caso: Barrera Electoral, Exp. n.º 0030-2005-PI/TC (FJ. 40) (Tribunal Constitucional 2 de febrero de 2006).
- Caso: Princeton Dover Corporation, Exp. n.º 07289-2005-AA/TC (FJ. 5) (Tribunal Constitucional 28 de agosto de 2006).
- AGUILÓ REGLA, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra–Themis Bogotá.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARAGÓN REYES, M. (2004). *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. México: Porrúa.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (1995). *Proceso penal y doble instancia*. Madrid: Justicia 94.
- ÁVILA, H. (2013). *Direito tributário atual, n. 29*. (R. Cavani, Trad.) São Paulo: Dialética.
- BACIGALUPO, E. (2005). *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R. (2013). *Casación penal práctica*. Barcelona: Editorial Bosch S.A. .
- BOBBIO, N. (1991). *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate.
- BORÉ, J. (1985). *La cassation en matiere penale* (2.º ed.). (V. SIFUENTES, Trad.) París.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA.

- CAENEGEM, V. (2011). *Jueces, legisladores y profesores*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- CAFFERATA NORES, J. (2002). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- CALAMANDREI, P. (1920). *La Cassazione civile* (Vol. II). Milano.
- CALAMANDREI, P. (1920). *La Cassazione civile*. (Vol. Vol II. ). Milano: Morano Editore.
- CALAMANDREI, P. (1945). *La casación civil*. Buenos Aires: EJEA.
- CALAMANDREI, P. (2009). *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- CALAMANDREI, P. (2016). *Sin legalidad no hay libertad*. (P. A. Ibáñez., Trad.) Bologna: Editorial Trotta.
- CARNELUTTI, F. (1943). *La certeza del derecho*. Revista di diritto processuale.
- CARRIÓ, G. (1976). *Los jueces cream derecho*. Buenos Aires: Abeledo –Perrot.
- CONSO, G., & GREVI, V. (1994). *Comentario breve al nuevo codice di procedura penale*. Cedam, Casa editrice dott, Antonio Milan.
- COUTURE, E. J. (1978). Interpretación de las leyes procesales. En E. J. COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil* (2° Edición ed., Vol. Tomo III). Buenos Aires: Edición Depalma.
- DE LA RUA, F. (1991). *El Recurso de Casación*. Depalma – Buenos Aires.
- DIAZ, E. (2000). Estado de Derecho y derechos humanos. *Ética pública y Estado de derecho*, 20, 40 y ss.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio* (2.° ed.). Barcelona: Ariel.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. (2003). *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara.
- FERRAJOLI, L. (1992). *I valori del doppio grado e della nomofilachia*. Madrid: Suplemento al n° 1. .
- FERRAJOLI, L. (1996). *Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia*. Buenos Aires: Revista Nueva Doctrina Penal .
- FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2.° ed.). Madrid: Trotta.

- FERRAJOLI, L. (2016). *Derechos Fundamentales*. Lima: IRAN RZ Business Company.
- FERRAJOLI, L. (2016). *Derechos fundamentales. Democracia constitucional y garantismo*. Lima: IRAN RZ Business Company S.A.C.
- FERRAJOLI, L. (2016). *Derechos Fundamentales. Democracia constitucional y garantismo*. Lima: IRAN RZ Business Company S.A.C.
- FIX ZAMUDIO, H. (s.f.). La problemática de la impartición de justicia y el derecho constitucional. *Ius Et Veritas*, 9, 90.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (s.f.). . *Elementos del Debido Proceso*.
- GARCÍA RAMIREZ, S. (2006). Elementos del debido proceso en la jurisprudencia interamericana. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VI(9), 40 y ss.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2003). *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2003). *La Argumentación en el Derecho. Algunas Cuestiones Fundamentales*. Lima: Palestra.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2003). *La Argumentación en el Derecho. Algunas Cuestiones Fundamentales*. Lima: Palestra.
- GERARD, W. (1985). *Libre apreciación de la prueba*. Colombia: Editorial Temis.
- GIMENO SENDRA, J. V. (1992). *La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático*. Madrid: RDPn n°3.
- GOLDSCHMIDT. (s.f.). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal (Vol. II)*.
- GOLDSCHMIDT. (s.f.). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*.
- GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, N. (1993). *Apelación y casación en el proceso civil*. Madrid: Colex.
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.
- HABERLE, P. (2001). *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- HABERLE, P. (2003). *El Estado constitucional*. Lima: UNAM-Fondo Editorial de la PUCP.
- HABERMAS, J. (1998). *Factibilidad y validez*. Madrid: Trotta.
- HANACK, E. W. (1999). *Lowe-Rosenberg Grakommentar n° 70*. Berlin.

- Jos 10, 1. –1. (s.f.).
- (1983). Prólogo. En O. Y. José, *Obras completas* (Vol. 6). Madrid: Alianza Editorial-Revista de Occidente.
- KANT, E. (1978). *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. México: UNAM.
- KUHN, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas* (Octava Reimpresión ed.). (C. Solís, Trad.) Fondo de Cultura Económica.
- LANDA ARROYO, C. (mayo de 2006). Interpretación constitucional y Derecho penal. *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*, 264.
- LANDONI SOSA, Á. (2016). *La Motivación de Decisiones Judiciales” en: “Argumentación Jurídica y Motivación de las Resoluciones Judiciales”*. Lima: Editorial Palestra .
- LLORENTE, R. (1979). *La Constitución española como fuente del Derecho en La Constitución española y las fuentes del Derecho* (Vol. I). Madrid: IEF.
- LOEWENSTEIN. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- LUÑO, P. (1994). *La seguridad jurídica* (2.º ed.). Barcelona: Ariel.
- MAIER, J. B. (1999). *Los recursos en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MAIER, J. (s.f.). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires.
- MAIER, J. (s.f.). *Derecho procesal penal*.
- MAIER, J. (s.f.). El Código Procesal Penal modelo y nuevas tendencias del proceso penal. *Revista de proceso, San Pablo*(85), 248-256.
- MARINONI, L. G. (2010). El proceso en el Estado constitucional. (Communitas, Ed.) *Revista peruana de Derecho Procesal*(15), 193.
- MARINONI, L. G. (2015). *Cultura, unidad de Derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel Ediciones.
- MARINONI, L. G. (2015). *Cultura, unidad de Derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel Ediciones.
- MARINONI, L. G. (2015). *Cultura, Unidad de Derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel Ediciones.
- MARINONI, L. G. (2015). *Cultura, Unidad de Derecho y Cortes Supremas*. Lima: Raguel Ediciones.

- MARINONI, L. G., & MITIDIERO, D. (2012). *Repercussão geral no recurso extraordinário* (3era edición ed.). São Paulo.
- MARTÍN BRAÑAS, C. (1997). *Norma procesal y recurso de casación para la unificación de la doctrina. Documentación Laboral*. Madrid.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. (1996). *El Recurso de Casación Penal – Control de la Presunción de Inocencia*. Granada: Editorial Comares.
- MAZA MARTÍN, J. M. (2013). *Casación Penal Práctica – quebrantamiento de forma, infracción de Ley o de preceptos constitucionales y vulneración de derechos fundamentales*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- MENÉNDEZ DE LUARCA, M. C. (2006). *La Casación: Unificación de doctrina y descentralización, vinculación de la doctrina del tribunal constitucional y vinculación de la jurisprudencia del tribunal supremo*. Madrid: Lerko Print S.A.
- MITIDIERO, D. (2016). *La justicia civil en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores S-A.C.
- MONROY GÁLVEZ, J. (1987). *Temas de Derecho Procesal Civil*. Lima: Stadium.
- MONTESQUIEU. (1758). . *Esprit des lois*.
- MORELLO, A. M. (1993). *La Casación: Un modelo intermedio eficiente*. Buenos Aires - Argentina: Librería Editora - Platense/Abeledo –Perrot.
- MORELLO, A. M. (1998). *Constitución y proceso: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: Librería Editora Platense-Perrot.
- MORÓN PALOMINO, M. (1998). *El recurso de casación civil y su reforma. La Ley n° 4568* (Vol. III).
- NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el derecho en la casacion penal*. Barcelona.
- NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el derecho en la casacion penal*. Barcelona.
- NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch.
- NIEVA FENOLL, J. (2015). *¿Un juez Supremo o un Legislador Supremo? En: “El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación”*. Lima: Palestra.
- NUÑEZ RIVERO, GOIG MARTÍNEZ, NÚÑEZ MARTÍNEZ. (2010). *Teoría del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Universitas.



- ORTEGA Y GASSET, J. (s.f.). Idea de teatro. En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*.
- PASTOR, D. R. (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L .
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2014). *Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Lima: Editorial Rodhas.
- PEREZ LUÑO. (2008). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica* (7.º ed.). Madrid: Tecnos.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2010). *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*. Madrid: Universidad de Alcalá.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2010). *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*. Madrid: Universidad de Alcalá.
- PÉREZ SARMIENTO, E. L. (2011). *La Dicotomía de la prueba en el proceso penal acusatorio*. Bogotá – Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- PERROT, R. (1994). *Institutions judiciaires* (6.º ed.). (V. SIFUENTES, Trad.) París: Extenso editions.
- PLAZA, D. L. (1944). *La casación civil*. Madrid.
- PRIETO SANCHIS, L. (2006). *Notas sobre la interpretación constitucional " En el ascenso de los principios en la práctica constitucional – Pedro Grández Castro*. Palestra Editores S.A.C.
- PRIETO-CASTRO, L. (1985). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (2.º ed., Vol. II). Pamplona.
- PROTO PISANI, A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra.
- RECASÉNS SICHES, L. (s.f.). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal pena*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUBIO CORREA, M. A. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional* (3º ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.

- SAGÜÉS, N. P. (1993). *Elementos de Derecho Constitucional* (Vol. II). Buenos Aires: Astrea.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2014). *Derecho Procesal Penal. Cuestiones del Derecho procesal penal*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2014). *Derecho Procesal Penal. Cuestiones del Derecho procesal penal*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho Procesal Penal – Lecciones*. Lima: Centro de Altos Estudios de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales – Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP.
- SERRA DOMINGUEZ, M. (1985). *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Tecnos.
- STEIN, F. (1973). *El conocimiento privado del juez*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- TARUFFO, M. (2001). *Corti supreme: acceso, filtro e selezione*. In *Le corti supreme*. Milán: Giuffrè.
- TARUFFO, M. (2016). Apuntes sobre las funciones de la motivación. En *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra.
- TUSHNET, M. (2013). *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra Editores.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L. (1984). *Presunción de inocencia del imputado en íntima convicción del tribunal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- VECINA CIFUENTES, J. (. (2003). *La casación penal – modelo español*. Madrid: Editorial Tccnos (Grupo Anaya S.A.).
- VECINA CIFUENTES, J. (2003). *La casación penal. Modelo español*. Madrid: Tecnos.
- VILLEY, M. (1979). *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho. (Diorki, Trad.)*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- YAIPÉN ZAPATA, V. P. (2014). *Recurso de Casación Penal–Reforma procesal y análisis jurisprudencial*. Lima: Ideas.

- ZAGREBELSKY, G. (1992). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (2.º ed.). Madrid: Trotta.
- ZANETI JR, H. (2015). *El valor vinculante de los precedentes – Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes*. (R. Cavani., Trad.) Lima: Ediciones Raguel.

