



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO

TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTERVIENEN RESPECTO A INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, REFERENTES A OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA, PROVENIENTES DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 4792-2011, EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 093-2006 DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN JUAN DE LURIGANCHO-LIMA, 2016.

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

AUTOR:

ARTURO QUISPE YAURIMUCHA

ASESORA:

Dra. WILMA YECELA LIVIA ROBALINO

LIMA - PERÚ

2016

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. María Teresa Meléndez Lázaro
Presidente

Mgtr. Fernando Valderrama Laguna
Secretario

Mgtr. Rosmery Marielena Orellana Vicuña
Miembro

AGRADECIMIENTO

A Dios; Por haberme dado la existencia,
Guiarme día a día mis pasos y jamás abandonarme.

**Al programa de maestría de la
ULADECH Católica:**

Por preocuparse en desarrollar los
programas de pos grado.

Arturo Quispe Yaurimucha

DEDICATORIA

A mi hija; quien es mi fortaleza

En este batallar de la vida.

Arturo Quispe Yaurimucha

RESUMEN

La investigación tuvo como objetivo general Determinar las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes otorgamiento de escritura pública, proveniente de la Sentencia Casatoria N° **2196-2013**, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en el expediente N° **093-2006** del Distrito judicial de **San Juan de Lurigancho-Lima**, 2016. Es de tipo cuantitativo cualitativo, nivel exploratorio descriptivo y diseño transaccional, retrospectivo y no experimental; para la recolección de datos se seleccionó un expediente judicial de proceso concluido, aplicando el muestreo no probabilístico denominado técnica por conveniencia; se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido, se aplicó listas de cotejo elaborado validado mediante juicio de expertos.

Palabras clave: calidad, motivación, sentencia y falsificación de documento.

ABSTRACT

The research was aimed at determining the overall quality of judgments of first and second instance of forgery, according to the relevant regulatory, doctrinal and jurisprudential parameters, file No. 338-2008, Corte Superior Justice Lima-San Juan de Lurigancho. 2015. It qualitative quantitative, descriptive and exploratory level transactional, retrospective and non-experimental design; for data collection judicial process complete file selected, using non-probability sampling technique called convenience; techniques of observation and content analysis was used, checklists developed validated by expert judgment was applied.

Keywords: quality, motivation, judgment and forgery.

CONTENIDO

	Pág.
Carátula.....	i
Hoja de Jurado Evaluador.....	ii
Agradecimiento	iii
Dedicatoria.....	iv
Resumen.....	v
Abstrac	vi
Contenido.....	vii
I. TÍTULO DE LA TESIS	1
II. INTRODUCCIÓN	1
III. MARCO TEORICO	5
3.1. Antecedentes.....	5
3.2. Marco Teórico.....	11
3.2.1. Papel del juez en el estado de derecho.....	11
3.2.1.1. El poder judicial en el estado legislativo de derecho.....	11
3.2.1.2. El poder judicial en el estado constitucional de derecho.....	11
3.2.2. La teoría de la argumentación jurídica	12
3.2.2.1. Necesidad de justificación en el derecho.....	12
3.2.2.2. Argumentación que estudia la TAJ.....	12
3.2.2.3. Teorías de la argumentación jurídica.....	13
3.2.2.3. Teorías de la argumentación jurídica.....	14
3.2.2.5. Los argumentos de integración jurídica.	14
3.2.2.5.1. Definición de integración jurídica.	14
3.2.2.5.2. Argumentos de integración jurídica.	14
3.2.3. Problemas interpretativos de la actividad judicial.	17
3.2.3.1. Definiciones de interpretación.	17
3.2.3.2. Carácter discrecional de interpretación.....	18
3.2.3.3. Teoría objetiva y subjetiva de la interpretación.....	18
3.2.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa	19

4.2.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal	20
3.2.3.6. La Interpretación y sus métodos.	22
3.2.3.7. La prohibición de analogía in malam partem.	22
3.2.3.7.1. Definición	22
3.2.3.7.2. Función.	23
3.2.3.7.3. Clases.	23
3.2.3.7.4. Requisitos.....	24
3.2.3.7.5. La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.....	25
3.2.3.7.6. La analogía en el Derecho Civil.	26
3.2.3.8. Problemas interpretativos	27
3.2.3.8.1. Problemas del contexto lingüístico	27
3.2.3.8.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional.....	28
3.2.3.9. Casos fáciles y casos difíciles.	31
3.2.4. Cuestión de principios	34
3.2.4.1. Distinción entre reglas y principios	34
3.2.4.2. Reglas como normas cerradas y principios como normas abiertas	37
3.2.4.3. Reglas y Principios como razones para la acción	37
3.2.5. Particularidades de la interpretación constitucional	38
3.2.5.1. Límites de la jurisdicción constitucional.	38
3.2.5.2. Doctrinas de la interpretación constitucional.....	39
3.2.5.3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas.	41
3.2.5.4. Juicio de ponderación	42
3.2.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación	42
3.2.5.4.2. Reglas de ponderación (o juicio de proporcionalidad).	43
3.2.5.4.4. Control difuso e interpretación constitucional.....	44
3.2.6. Razonamiento judicial y derechos fundamentales.....	46
3.2.6.1. Definición de derecho fundamental.	46
3.2.6.2. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho.	46
3.2.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho.	47

3.2.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.	49
3.2.6.4.1. Dificultades epistemológicas	49
4.2.6.4.2. Dificultades lógicas	52
3.2.6.5. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.....	53
3.2.6.6. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.	54
3.2.7. Antinomias.....	54
3.2.7.1. Definiciones.	54
3.2.7.3. Las antinomias como incompatibilidad normativa.	54
3.2.7.3. Las antinomias como incompatibilidad normativa.	55
3.2.7.4. Las antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas.....	55
3.2.7.5. Las antinomias como incompatibilidades no lógicas.	61
3.2.7.6. Verificación de los conflictos normativos (antinomias e interpretaciones).62	
3.2.7.7. Criterios y meta criterios para la resolución de las antinomias	65
3.2.8. El derecho a la debida motivación.	68
3.2.8.1. Importancia de la debida motivación.....	68
3.2.9. La estructura de la sentencia casatoria.....	71
3.2.9.1. Etimología.....	71
3.2.9.2. La determinación de los hechos.....	72
4.2.9.3. La interpretación de los hechos	72
3.2.9.4. La subsunción	73
3.2.9.5. Motivación de la sentencia	74
3.2.9.6. Fines de la motivación	75
3.2.9.7. La clasificación de los fundamentos de la sentencia.	76
3.2.10. El razonamiento judicial.	76
3.2.10.1. El silogismo.	76
3.2.10.2. La importancia del razonamiento jurídico.	77
3.2.10.3. El control de la logicidad.	78
3.2.11. Las normas legales.	78
3.2.11.1. Las normas.	78

3.2.11.2. Clasificación de las normas.	79
3.2.11.3. Normas de derecho objetivo.	80
3.2.11.4. Normas procesales.	81
3.2.12. Las causales sustantivas.	81
3.2.12. Las causales sustantivas.	81
3.2.12.2. La interpretación errónea.	82
3.2.12.3. La inaplicación.	83
3.2.12.3. La inaplicación.	84
3.2.13.1. El debido proceso.	84
4.2.13.2. Elementos del debido proceso.	85
4.2.13.3. Las excepciones.	87
4.3. Marco Conceptual	88
IV. METODOLOGÍA	91
V. RESULTADOS	98
VI CONCLUSIONES	99
Referencias Bibliográficas	100
Anexo	102

I. TÍTULO

Técnicas de Interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de Normas

Constitucionales y Legales, referentes al Derecho de Propiedad y Otorgamiento de escritura pública, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 4792-2011, emitida por la Corte Suprema, en el Expediente N° 093-2006 del Distrito Judicial de San Juan de Lurigancho-Lima.2016.

II. INTRODUCCIÓN

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

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

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia casatoria N° 4792-2011, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, declararon **FUNDADO** el recurso de casación

interuesto por A.Q.Y. mediante escrito de fecha ocho de mayo de dos mil trece; en consecuencia, *CASARON* la resolución impugnada, en consecuencia. **NULA** la sentencia de vista de fecha dieciséis de agosto de dos mil once, de folios quinientos once a quinientos dieciséis; **ORDENARON** el reenvío de la causa a la Sala Superior de origen expida nueva sentencia, con arreglo a los fundamentos expuestos en ésta decisión Suprema: **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad: en los seguidos por A.Q.Y contra la Asociación Pro Vivienda San Hilarión, sobre Otorgamiento de Escritura Pública; y los devolvieron. Ponente Señor Cunya Celi. Juez Supremo

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

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

primordial.

En base a ello, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales, relacionados al derecho de propiedad y ocupante precario, a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación.

b) Enunciado del problema

¿Cuáles son las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al otorgamiento de escritura pública, provenientes de la Sentencia Casatoria N4792-2011, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en el expediente N° 093-2006 del Distrito judicial de San Juan de Lurigancho-Lima, 2016?

3.2. Objetivos de la investigación

3.2.1. Objetivo general

Determinar las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes otorgamiento de escritura pública, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 2196-2013, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en el expediente N° 093-2006 del Distrito judicial de San Juan de Lurigancho-Lima, 2016.

3.2.2. Objetivos específicos

- 1.** Determinarla selección de normas constitucionales y legales, provenientes de las causales sustantivas y causales adjetivas.
- 2.** Determinar la fiabilidad de normas constitucionales y legales, empleando el razonamiento judicial.
- 3.** Determinar la valoración conjunta de las normas constitucionales y legales, empleando la sana crítica y las máximas de las experiencias.
- 4.** Determinar la interpretación del derecho como argumentación

jurídica, empleando las técnicas de interpretación.

3.3. Justificación de la investigación

El presente proyecto de investigación surge de la problemática en la realidad social peruana, la incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes al Otorgamiento de Escritura Pública; en donde se evidencia que las sentencias casatorias que emiten las Cortes Supremas, sentencias que carecen de utilización de las técnicas de interpretación, en las cuales se reflejan la falta de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales. En ese sentido, es importante el estudio correspondiente a las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales.

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

Es entonces, que la investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la Teoría de la Argumentación Jurídica, los cuales describen que toda sentencia casatoria deben contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las normas constitucionales y legales.

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

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Antecedentes

Núñez (2012), en Perú, investigó: “*La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*”, y sus conclusiones fueron: Desde la perspectiva cultural, (i) el razonamiento judicial quedó disminuido: si el juez estaba limitado a ser la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley, entonces en su pensamiento no podían caber principios, ni argumentación jurídica y peor aún control judicial de las leyes. (ii) juez burócrata: el juez, a diferencia de lo que pasaba con Estados Unidos, no era defensor de la libertad ni de los derechos, sino un burócrata más de la Función Ejecutiva; esto explica el poco enfoque que tienen en la justicia de calidad como servicio (como la crítica a la burocracia weberiana). (iii) juez como personaje principal de la cultura jurídica latinoamericana: el Derecho es un lenguaje complicado que no toda la población comprende y que culturalmente ha tendido a los formalismos exagerados, para mantener su distancia de la población; en este aspecto los jueces son la cara inaccesible del Derecho y con ello aprovechan para aplicar la debilidad selectiva de la ley (para favorecer a los cercanos al poder. La casación, con este bagaje histórico-cultural, es una institución que disminuye la posición de la Función Judicial como poder del Estado. La primacía de la legalidad somete al juez a la ley, como garantía de que su arbitrio no se convierta en arbitrariedad, porque la ley era la expresión de la libertad soberana del pueblo. Pero Austin, ya nos advirtió que el Parlamento también era capaz de cometer arbitrariedades a través de la ley; pero la casación no atiende a esta advertencia porque su relación es intrínseca con la ley.

Así entonces, la casación es una institución de vigilancia en favor de la ley; incluso, como dice Morello, hermanada a ella. Cumple la función de observar que el juez aplique la exacta literalidad de la ley, o que la interprete en función de la voluntad del legislador. Entonces, la casación es una institución que beneficia a la Legislatura, que confirma la supremacía del legislador y el

sometimiento del Poder Judicial a él. Con esto se reafirma el postulado de que el Poder Judicial es un poder nulo, incapaz de formar un gobierno bien equilibrado, pues los controles y equilibrios de la división de poderes de Montesquieu no aceptaban el control a la voluntad de la mayoría. Entonces encontramos un Estado sin controles. En donde, al contrario de lo que pensaba Rousseau, el modelo europeo continental de división de poderes no era una garantía de libertad sino un camino a la arbitrariedad; y en él, la casación es un elemento más que contribuye al desbalance. Desde una perspectiva teórica, la casación es una institución fundamentada en el positivismo teórico. En él se adopta una teoría mecanicista de la interpretación en la que se rechaza toda discrecionalidad del juez; pues considera que el sistema de reglas es tan explícito que no le permite al juez ningún espacio de libertad de decisión. La casación observa en el razonamiento judicial si los silogismos han sido empleados correctamente, bajo una simple lógica monotónica; por este motivo, incluso se propuso que el órgano de casación no debía ser judicial sino que debía ser un anexo de la Legislatura.

Entonces para la teoría casacional el ordenamiento jurídico está compuesto solamente de reglas, que los jueces deben seguir estrictamente bajo pura deducción silogística. Sin embargo esto resulta imposible por dos supuestos: (i) que el ordenamiento jurídico está compuesto por principios y reglas; (ii) en la interpretación existe una separación entre disposición y significado; y (iii) las normas pueden ser derrotables. A partir del debate Dworkin - Hart, ha quedado pacífico en los debates jurídicos, que el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios. También ha quedado claro que los principios no operan igual que las reglas. Los principios son mandatos que se cumplirán en mayor o menor medida (en función de circunstancias fácticas y jurídicas); mientras que las reglas son normas que se cumplen todo o nada. En este sentido la casación se concibió bajo la perspectiva de que solo existen reglas en el ordenamiento jurídico, así se encargaba de revisar si las normas debían cumplirse o no. Pero en cambio sobre los principios no puede predeterminedar cuáles deben cumplirse sobre otros. Si la casación busca la exacta observancia de la ley, encuentra dificultad

en los principios, puesto que en la legislación no se pueden establecer (en abstracto) qué principios deben primar sobre otros. La casación no puede pregonar la exacta observancia de principios ya que la determinación del peso de los principios se determinará en cada caso concreto a la luz del razonamiento práctico de los hechos. La casación clásica buscaba la exacta observancia de la literalidad de la ley, sin embargo debemos apreciar que, de las modernas formas de interpretación, podemos hacer la distinción entre la disposición normativa (texto) y el contenido normativo (significado). La casación no puede dedicarse a controlar el cumplimiento del simple texto, porque de la literalidad no se puede obtener significado alguno sin interpretación.

La casación debe entonces renunciar a aquella tesis de la interpretación mecanicista que la fundamentaba, y debe en cambio aceptar que existirán sentidos interpretativos coherentes con el conjunto de valores del ordenamiento jurídico. Será entonces el deber de la casación, no solo revisar el cumplimiento de la literalidad de la ley, sino de verificar la legitimidad de los sentidos interpretativos, materialmente adecuados con los principios constitucionales. Debemos tomar en cuenta que las normas tienen una estructura condicional que las hace normas *prima facie*. Esto se debe a la imposibilidad de determinar anticipadamente todas las condiciones necesarias para su aplicación quedando siempre la cláusula abierta de “a menos que...”, la misma que excepcionaría su aplicación. Ello hace entonces imposible que las normas funcionen bajo una lógica monótona. Ahora bien, la casación tenía la función de vigilar la exacta observancia de la ley. Pero si tomamos en serio la posibilidad de que las normas sean derrotables, entonces la Corte de Casación no podría obligar a que siempre se cumplan las leyes; pues puede haber casos en los que haya operado la condición excepcional y que no haya debido aplicarse la norma. Entonces la casación no puede limitarse a la revisión formal de la simple lógica de ductiva para juzgar la correcta aplicación de las normas; pues deberá tomar en cuenta, también, la existencia de la derrotabilidad de las normas. A esto se le deberá sumar que los principios formales (como la seguridad jurídica) también pueden ser derrotables ante el grave perjuicio de principios materiales. Ahora, desde

una perspectiva empírica tenemos que hablar necesariamente sobre la acumulación de carga procesal. De los últimos datos disponibles en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se desprende que al año 2009 existía una cantidad de casos pendientes por resolver de 8,777 (4,395 de ellos correspondían a casos acumulados y 4,382 a casos ingresados) de los cuales la Corte había resuelto 3,226. Es decir que tenía una acumulación de 5,551 casos. A esto se debe considerar que tras la Asamblea

Constituyente 2007 se decidió reducir el número de jueces de treinta y uno a veintiuno. Esto supone que la cantidad acumulada se repartirá entre menos jueces. Pero esta realidad no parece ser única en el Ecuador, más bien parece ser un defecto de la institución. En Francia en el año 2006 se resolvieron alrededor de 32,000 casos, y para este trabajo existen más de 200 magistrados en la Corte de Casación. En Italia la situación es similar, la Corte resuelve casi 50,000 casos y tiene cerca de 500 magistrados. Esto se debe sin duda a que la casación ha sido concebida como una cuasi tercera instancia. Taruffo encuentra que la Corte de Casación tiene una crisis de identidad, en la que no sabe si es una tercera instancia o una verdadera Corte Suprema. Pero como se ha configurado en Francia, Italia y los países de Latinoamérica más se acerca a una tercera instancia puesto que: es el tercer nivel de impugnación porque su fin es controlar la legitimidad (exacta observancia de la ley) de cada caso concreto que viole la ley procesal o sustancial, por lo que debe eliminar los errores ya cometidos por los jueces anteriores; y, predomina la intención de reparar el interés de cada caso en concreto (*ius litigatoris*) más que el interés de proyectar la interpretación de las normas. En la práctica se ha dejado de lado la función unificadora de la jurisprudencia (que es en cambio la principal función del modelo de Corte Suprema). Si se considera que cada caso puede ser controlado por su legitimidad (control de exacta observancia de la ley) entonces tendremos que existe una enorme cantidad de decisiones casatorias, difícilmente coherentes para establecer criterios uniformizadores.

Aunque en la práctica la casación actúe como una cuasi tercera instancia, tiene una limitación, pues no puede revisar hechos. Es una gran contradicción porque puede controlar el cumplimiento de la ley de cada caso

concreto, pero no puede buscar la justicia de él. Esto se debe al límite que la casación le pone a la Corte para revisar hechos. Pese a ello existe una circunstancia en la que sí actúa como juez de hecho y es cuando el control de legitimidad se hace sobre la motivación de jueces inferiores. Entonces la casación es una tercera instancia incompleta, puesto que no puede hacer justicia en el caso concreto. Por lo tanto nos encontramos ante una institución que no cumple ninguno de sus fines adecuadamente. Revisa la exacta observancia de la ley de cada caso, pero no puede hacer justicia. Busca uniformizar la jurisprudencia pero le es imposible por la inmensa cantidad de sentencias (algunas incluso contradictorias). ¿Qué debe hacer entonces la casación? Me parecería adecuado que decida escoger una de las dos funciones que se le ha asignado, pero que la realice adecuadamente. Sin embargo analicemos las posibilidades. La primera probabilidad es que la Corte, que ya funciona como una casi tercera instancia, además pueda revisar los hechos y haga justicia en el caso concreto. Es decir que vuelva a ser una auténtica tercera instancia. Pero ya se había argumentado cuando se eliminó la tercera instancia, y se adoptó la casación, que ésta era un alargamiento innecesario del proceso, que ya había habido dos pronunciamientos previos. Además la gran carga procesal que existía en la Corte Suprema le hacía imposible resolver inmediatamente. Todos los casos subían a la Corte Suprema pero en ella había un número reducido de jueces. A esto se debe sumar la centralización de la Corte en la capital del país, lo cual merma el acceso al recurso de los litigantes no residentes en la capital. Esto nos quiere decir dos cosas: (i) sería inaceptable retomar la tercera instancia por la extrema dilación de los procesos; y (ii) una Corte Suprema centralizada no tiene la capacidad para revisar la justicia de cada caso concreto por límites en recursos humanos y porque no facilita el acceso. La segunda posibilidad es que la Corte de Casación sea eminentemente una Corte Suprema, en la que su vocación sea uniformizar la jurisprudencia. Esta función la realizaría a través de los precedentes, en cuyo caso, los criterios señalados por la Corte deberán ser seguidos por los jueces sucesivos en casos similares. El número de precedentes dictados debe ser restrictivo para que los criterios puedan ser coherentes y fácilmente inteligibles. Entonces tendríamos

que eliminar la idea de que la casación tiene el deber de controlar la legitimidad de cada caso concreto y quedarnos con la proposición de que la Corte dictará una sentencia únicamente cuando, a partir de un caso concreto, tenga la capacidad de “... *crear Derecho objetivo pro futuro...*”, o en los términos de Taruffo, deba elegir “... *la interpretación más justa de la norma...*”. Para ello también debemos observar los parámetros del Estado Constitucional.

Luego de todo lo dicho, la configuración del nuevo Estado Constitucional ecuatoriano nos dará una pauta de cuál será la ubicación de la casación. Para lo cual cito las palabras de la Corte Constitucional del Ecuador: Si tomamos en serio estas palabras, debemos asumir que el Ecuador apuesta por una justicia más material, sin que las formalidades puedan sacrificarla. La casación es una institución eminente formal, por lo que debe reconfigurarse en el marco del Estado Constitucional. Así podemos decir que esta institución debe cumplir una función de protección de derechos fundamentales, sin embargo su esencia no le permite hacerlo, por lo que mi propuesta es la eliminación de la casación. Se debe eliminar la casación porque es una institución que somete al Poder Judicial bajo el poder de la Legislatura, porque no es capaz de asumir un razonamiento no monotónico y porque es una tercera instancia que no cumple con el fin de justicia. En cambio propongo dos cosas. La primera es que debe haber salas o instancias judiciales, descentralizados en todo el territorio del país (que cumplan con un verdadero acceso a la justicia), para que resuelvan las acciones extraordinarias de protección (amparo contra decisiones judiciales) y así reparar la violación de derechos constitucionales cometidos en la actuación judicial. Lo segundo es que la Corte Nacional se conforme como una auténtica Corte de Precedentes, con el único fin de uniformizar la jurisprudencia. Para ello deberá tener una amplia discrecionalidad para escoger casos para su resolución. Un tamiz que se podría realizar a través del *writ of certiorari*. Este instrumento les permitiría no motivar si deciden no conocer el caso y solo lo aceptarían casos si: quieren solucionar una cuestión novedosa de derecho, resolver conflictos de opiniones jurídicas en judicaturas inferiores y cuando crean que es necesario cambiar de

posición sobre un criterio jurídico (*overruling*). Esta es una propuesta que podría tener un mayor desarrollo, sin embargo en esta investigación el diagnóstico está hecho. La casación es una institución arcaica que no es congruente con el propósito de efectividad de derechos fundamentales del Estado Constitucional.

3.2. Marco teórico

3.2.1. Papel del juez en el estado de derecho.

3.2.1.1. *El poder judicial en el estado legislativo de derecho.*

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

El Estado de derecho es una ideología jurídica, pues no es consustancial al concepto de estado ser “de derecho”. Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a

Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece –dice Weber– “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”. (pp. 15-16)

3.2.1.2. *El poder judicial en el estado constitucional de derecho.*

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

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

validez. (p. 21)

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

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

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

3.2.2. La teoría de la argumentación jurídica.

3.2.2.1. Necesidad de justificación en el derecho.

Gascón & García (2003) indican:

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

3.2.2.2. Argumentación que estudia la TAJ.

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un

ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones.

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

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

3.2.2.3. Teorías de la argumentación jurídica

Según Gascón & García (2003):

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

La TAJ es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa:

a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería

simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuantos fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.

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

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

3.2.2.4. *La utilidad de la TAJ.*

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir.

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

3.2.2.5. *Los argumentos de integración jurídica.*

3.2.2.5.1. *Definición de integración jurídica.*

Rubio Correa (2012) sostiene:

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

La inmensa mayoría de normas jurídicas en nuestro sistema jurídico es establecida por el Estado. La legislación la dictan muy diversos órganos con tal atribución. La jurisprudencia es dictada por los jueces y administradores en el

ejercicio de sus competencias. En el caso de la integración jurídica, la creación de las normas ocurre dentro del procedimiento de razonamiento de quien aplica determinadas normas jurídicas. (p. 134)

3.2.2.5.2. Argumentos de integración jurídica.

El argumento a Pari

Siguiendo al mismo autor:

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

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

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

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

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

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

El argumento ab minoris ad maius

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

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

El argumento ab maioris ad minus

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

El argumento a fortiori

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

El argumento a contrario

El argumento *a contrario* es invertir el significado de una norma que no sea una doble negación. La forma de hacerlo consiste en introducir dos negaciones en el contenido lógico de la norma existente.

Para utilizar correctamente al argumento es importante utilizar las normas bajo forma de su expresión lógica (proposición implicativa con

supuesto y consecuencia si se trata de una de estas normas), usar el verbo en voz activa para identificar correctamente al sujeto y expresarse bajo la forma sujeto-verbo-complemento.

Cuando una norma en doble negación es convertida a afirmación no se está utilizando el argumento *a contrario* sino el método literal.

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

3.2.3. Problemas interpretativos de la actividad judicial.

3.2.3.1. Definiciones de interpretación.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

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

3.2.3.2. Carácter discrecional de interpretación.

Se entiende que los criterios de interpretación son las pautas que sirven de apoyo al operador jurídico a la hora de interpretar las normas, por ello conviene tener presente que toda norma jurídica, y en especial aquellas que presentan una estructura de principio, se pueden presentar como criterios interpretativos (en concreto, las normas superiores a aquella que se interpreta) estableciéndose algunos límites a la discrecionalidad, en el sentido de reconocer ciertos núcleos de certeza o límites de los significados posibles, aludiendo a la tradición histórica, a un orden de valores o a la idea de justicia, para los intérpretes (jueces ordinarios).

Lo que conlleva a sostener el cierto grado de discrecionalidad por parte

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

3.2.3.3. Teoría objetiva y subjetiva de la interpretación.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

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

A favor de la teoría subjetiva se apunta la necesidad de valorar la finalidad que tuvo el legislador histórico cuando expidió el precepto, que siempre cumple con una misión de regular una circunstancia histórica o resolver un conflicto social. Toda ley y su respectiva interpretación debe respetar el propósito y la finalidad que tuvo el legislador para decretar la vigencia de una disposición. Se habla aquí de un argumento fundado en los motivos. La ley jurídica, a diferencia de la ley natural, es hecha por hombres y para los hombres y es una voluntad que busca lograr un orden justo. Detrás de ella hay valoraciones, empeños y sobretodo un propósito regulador. Por lo tanto, para la teoría subjetiva la interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y las decisiones valorativas inherentes a la regulación legal; de otro modo más que de interpretación se debería hablar de intromisión. (p. 32)

Sin embargo actualmente existe una mayoritaria posición doctrinal que coincide en dotar de un lugar preferencial a la teoría objetiva de la interpretación en base a las profundas limitaciones que se imputan a la teoría subjetiva. (p. 33)

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

3.2.3.4. Interpretación restrictiva, extensiva y declarativa.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

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

A. Interpretación restrictiva

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

B. Interpretación extensiva

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

4.2.3.5. Interpretación auténtica, judicial y doctrinal.

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

Siguiendo al mismo autor:

A. Interpretación auténtica

Es aquella que realiza el mismo órgano sujeto que expidió de la norma jurídica, mediante la emisión de otro precepto de igual jerarquía. Puede ser realizada por el mismo órgano competente para regular la materia del precepto [legislativo, ejecutivo y judicial], o la misma parte legitimada para regular la declaración preceptiva [negocio jurídico, tratado acto administrativo]. No es indispensable que se formule por las primeras personas o individuos en caso se trate de órganos o poderes públicos, pues lo obliga y adquiere fuerza vinculante no es quién lo emitió, sino la función o rol político-jurídico que desempeños. (p. 48)

La interpretación auténtica por lo general es una ley. (...)

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

B. Interpretación judicial

A diferencia de la interpretación auténtica, no tiene una eficacia general

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

C. Interpretación Doctrinal

Es la realizada por los científicos del derecho, cuya dirección apunta a determinar el sentido de la ley, vinculándola a otros preceptos del ordenamiento jurídico, construyendo así un sistema lógico-sistemático capaz de darle una correcta ubicación y una coherencia necesaria. Esta interpretación no tiene la obligatoriedad de la interpretación auténtica o judicial, pero cumple la función de desarrollar el Derecho imprimiéndole una lógica y coherencia interna necesaria, dotándole para ello de una sólida nacionalidad y una base científica amplia. Tiende a ser más flexible que la judicial; y también más sistemática, general y unitaria. (pp. 54-55)

3.2.3.6. La Interpretación y sus métodos.

Al respecto, Gaceta Jurídica (2004) sostiene:

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

No debe despreciarse un método de interpretación sobre el otro; muy por el contrario ha de buscarse que en la comprensión de un texto –en la medida de lo posible- todos concurren dando coherencias interna y una base más amplia a la interpretación. Sin embargo, cuando su empleo en conjunto no

pueda garantizar una sola conclusión hermenéutica debe preferirse el resultado que más se acomode al sentido teleológico de la norma, respetando siempre el sentido literal posible de la formulación normativa, abandonando las soluciones injustas o las que contradigan el sentido de la ley. La función de los métodos de la interpretación es establecer límites al ámbito discrecional y a la libertad del operador jurídico y, en especial, al juez en su tarea de administrar justicia. (p. 59)

3.2.3.7. La prohibición de analogía in malam partem.

3.2.3.7.1. Definición.

García Maynez (citado por Gaceta Jurídica, 2004) indica:

Analogía es una palabra que deriva del griego *ana logon* cuyo significado literal es *semejanza, proporción*. La analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos (o más) hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia. Según una conocida opinión la analogía “es el traslado de una regla, dada en la ley para el supuesto de hecho (A), o para varios supuestos de hechos similares, a otro supuesto de hecho (B), no regulado en la ley, similar a aquel. Asimismo, se apunta que la analogía significa que la comprobación de una igualdad normativa entre dos casos que no son completamente iguales, pero que lo son en grado suficiente para que el régimen jurídico de uno deba ser igualmente al del otro”. (p. 97)

3.2.3.7.2. Función.

La analogía constituye un método de auto integración del Derecho, el cual se emplea para colmar lagunas jurídicas y se contrapone al método de heterointegración. Sin la existencia de lagunas en el Derecho no puede plantearse ningún método o procedimiento de integración. Mientras los procedimientos de auto integración más importantes son la analogía y los principios generales del derecho; la heterointegración se produce en virtud de la apelación a ordenamientos diversos o apelando a fuentes distintas a la dominante. (p. 98)

3.2.3.7.3. Clases.

A. La analogía legis

Llamada correctamente también analogía particular, parte de una

proposición jurídica particular o de una norma concreta, la cual se aplica a un caso no previsto por ella y que es semejante a los supuestos que regula. Esta de analogía va de lo particular a lo particular y representa su modalidad *par excellence*. La norma particular puede ser el artículo de una ley, una ley compuesta por un conjunto de artículos que solo contemplados en su conjunto forman una unidad. Lo importante es no confundir una disposición particular con un artículo de ella o una norma jurídica con el sentido estricto de ley o con parte de la misma (un artículo). Norma jurídico no es sinónimo de ley ni de artículo legislativo, pues tiene un alcance mucho más amplio. A veces una norma jurídica se obtiene del sentido de varios artículos o de una o dos leyes. (pp. 103-104)

B. La analogía iuris

Por su lado, la analogía iuris parte de una pluralidad de normas jurídicas individuales y extrae de ella principios más generales que forman un *instituto jurídico* y los aplica a casos que no caen bajo ninguna de las mencionadas disposiciones. Algunos autores estiman que esta forma de analogía apela a una parte o a todo el sistema jurídico, y su procedimiento no difiere de la forma de obtención de los llamados principios generales del Derecho. Sin embargo, este último criterio representa un abuso del concepto de analogía y pasa por altos dos cuestiones: 1º Los principios generales del Derecho se aplican sin necesidad que concurra una analogía o ellos aparecen cuando toda forma de analogía fracasa; 2º los principios generales son obtenidos apriorísticamente y su criterio de aplicación es deductivo y no inductivo como sugiere esta modalidad de analogía. El juez, como cualquier otro operador jurídico, debe cuidarse de la tentación de identificar la analogía *iuris* con la interpretación lógica-sistemática o de extender los dominios de la analogía más allá de su estricto y genuino significado, el cual nunca puede alejarse de la similitud de los hechos y la identidad de razón. (p. 104)

3.2.3.7.4. Requisitos.

Existencia de lagunas en el Derecho positivo

Gaceta Jurídica (2004):

La primera condición para que prospere la aplicación de la analogía en

los diversos sectores del ordenamiento jurídico es la necesidad que se compruebe previamente que el derecho que tiene lagunas o -lo que es lo mismo- que no hay en una regulación específica para un caso de un conjunto de supuestos que, pese a existir en la vida jurídica, no se encuentran previstos por alguna norma del ordenamiento jurídico. En estos casos el operador jurídico (Juez) se encuentra con un hecho como un conflicto de intereses gozando de relevancia jurídica no están regulados en norma alguna del derecho positivo (legal o consuetudinario) y cuya solución no es posible plantearla a través de la interpretación, cualquiera fuese a su clase. La única manera de resolver el problema que es apelando a los mecanismos de integración del derecho. La existencia de "lagunas" trae como referencia directa a la idea de ausencia de regulación, regulación deficiente o a la "incompletez" e integridad o no del derecho legal. (p. 107)

El empleo del término "laguna" -de larga tradición en la ciencia del Derecho- no constituye sino un giro metafórico que pretende denotar la ausencia total de regulación o una regulación deficiente de una materia jurídica que no comprende ni abarca un conjunto de supuestos. Se acota que su empleo no es muy afortunado y lo mejor sería hablar de **imperfección legal** o de **falta de previsión de las normas** promulgadas. La existencia de lagunas no sólo implica la total y completa falta de una disposición jurídica, sino que también puede haber una regulación que, sin embargo, es deficiente. Por ello, tienen razón quienes plantean que puede haber una laguna normativa aun cuando exista una norma jurídica, siempre que ella no regule todos los casos que debiera abarcar. (pp. 107-108)

Identidad de la Razón

Uno de los requisitos más importantes para la aplicación de la analogía como procedimiento de integración del Derecho es que cumpla con la condición de la identidad de razón. Sin ese requisito cualquier intento de declarar procedente la analogía carecía de toda base rigor jurídico. No sería más que un burdo intento que, tras el pretexto de emplear un procedimiento lógico-jurídico, escondería la más glamorosa arbitrariedad judicial.

La doctrina establece que el estudio del requisito de la identidad de

razón debe dividirse en dos grandes partes: 1° La necesidad de semejanza entre el caso regulado y el caso no previsto; y 2° La identidad de razón y fundamento entre ambos supuestos que haga viable la aplicación de una norma (analogía legis) o instituto jurídico (analogía iuris) al supuesto no regulado. La valoración de ambos presupuestos no puede realizarse por separado y de manera unilateral como si fueran supuestos inconexos. Muy por el contrario, se hace necesaria la convergencia de ambos requisitos que, en una unidad indisoluble, logre vincular la similitud de casos con la identidad de razón, y que se puede reducir a la formulación de una lacónica frase: similitudo casuum et paritas rationis. (p. 113)

3.2.3.7.5. *La analogía en nuestro ordenamiento jurídico.*

Gaceta Jurídica (2004):

La constitución política del Perú en su Artículo 139 inciso 9 consagra el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos el artículo cuarto del título preliminar del código civil dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía el artículo 3 del título preliminar del Código Penal prescribe que no es permitida la analogía para calificar un hecho como delito o falta definir el estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda.

La Norma que regula la analogía en la Constitución tiene aplicación a todas las áreas y sectores del ordenamiento jurídico sin excepción o restricción alguna ha dado su carácter de normas superior en jerarquía y nivel su validez es indiscutible sea cual fuere el ámbito del ordenamiento jurídico independientemente de si se trata de regular las relaciones de coordinación entre los ciudadanos o de las relaciones de subordinación entre éstos y el estado no se limita al campo del derecho constitucional sino que se extiende a todos los ámbitos del derecho público y de y derecho privado. (p. 118)

3.2.3.7.6. *La analogía en el Derecho Civil.*

Siguiendo al mismo autor:

El artículo cuarto del título preliminar del código civil si bien se centra su aplicación dentro del sector normativo correspondiente su área de influencia

es mucho más amplia y profunda en virtud al carácter supletorio de las disposiciones del Derecho civil dentro del derecho privado en general y su Rango normativo que tengo un sector importante de la doctrina sería la de normas materialmente constitucionales puesto que las disposiciones del título preliminar no sólo se aplican al derecho privado sino a todos los sectores del ordenamiento jurídico. Con razón se lo ha llamado prólogo de todo nuestro ordenamiento jurídico siendo un Inés inestimable complemento a la regulación constitucional.

A pesar que la normatividad constitucional de la analogía difiere levemente el tratamiento prodigado por el Título Preliminar del Código Civil – basta observar que la Constitución no alude a la prohibición de aplicar la analogía a las leyes excepcionales, pues se limita a mencionar a las leyes penales y a las normas que restrinjan derechos – no cabe duda que ambos preceptos jurídicos poseen un núcleo común ya que se refieren a las normas que restringen derechos.

En realidad, la única interpretación posible del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Civil es que su ámbito de aplicación se circunscribe a las normas que imponen sanciones jurídicas negativas que son las que afectan o restringen el ejercicio de un derecho o determinado bien jurídico. (pp. 118-119)

3.2.3.8. Problemas interpretativos.

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

contexto lingüístico, sistémico y funcional (p.111).

3.2.3.8.1. Problemas del contexto lingüístico.

El lenguaje jurídico es un tipo especial del lenguaje común y, por tanto, adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a éste; y deshacer la ambigüedad y reducir la vaguedad comporta una *decisión discrecional* (bien sea por la ambigüedad de las expresiones o a la falta de precisión de su significado).

Según Gascón (2003) clasifica:

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

b) Problemas de vaguedad o imprecisión.- Que un término o concepto es vago quiere decir que su significado es indeterminado o impreciso, de manera que se puede delimitar los casos claramente incluidos y excluidos (núcleo de certeza), pero que entre ambas esferas se mantendrá también una zona de penumbra donde es dudoso si resulta o no predicable. Todas las expresiones lingüísticas, al menos las del lenguaje natural, presentan algún grado de indeterminación, porque padecen una cierta vaguedad, y en este sentido pueden plantear dudas interpretativas cuya resolución es y debe ser discrecional.

Es evidente que la vaguedad alcanza sus cuotas más altas (y la actividad interpretativa su mayor grado de discrecionalidad) cuando como sucede con frecuencia el legislador usa conceptos que incorporan una gran carga valorativa; es decir, cuando usa nociones típicamente vagas, como daño grave, conducta reprobable, convivencia intolerable, etc.

Sucede lo mismo cuando en el artículo V del Código Civil Peruano establece “es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres”. No cabe

duda que en la determinación de si el acto jurídico es contrario a las buenas costumbres, queda un amplio campo a la discrecionalidad del intérprete. (pp. 112-116)

3.2.3.8.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional.

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

Según Gascón (2003) refiere:

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

b) Problemas de antinomias.- Existe una antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible.

La antinomia equivale, pues, a inconsistencia o contradicción. Nótese que la antinomia, por cuanto conflicto entre “normas” y no entre “disposiciones”, es el resultado de la interpretación realizada, por lo que la presencia de antinomias es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, plantea dudas o controversias interpretativas, pues mediante la interpretación es posible tanto crear como evitar una antinomia. Ahora bien, si se acepta la presencia de una antinomia en el ordenamiento, el problema que surge ya no es un problema

interpretativo, sensu estricto, sino más bien un problema de relevancia; esto es, el problema de decidir cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso.

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

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

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

recurrirse al principio *lex favorabilis*, etc.

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

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

La presencia de lagunas en el ordenamiento es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, plantea controversias interpretativas, pues siempre es posible poner en marcha técnicas interpretativas que permitan evitar una laguna. Por ejemplo, es posible realizar una interpretación extensiva del Derecho, extendiendo el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su significado literal inmediato; poniendo de relieve, en definitiva, que si se interpreta ese término o locución correctamente (o sea, extensivamente) no existe una laguna. O bien puede hacerse una interpretación literal del texto legal diciendo que la conducta no contemplada está permitida (si la norma es prohibitiva) o está prohibida (si la norma es permisiva); se trata del uso creativo del argumento a contrario.

Si se acepta la presencia de una laguna en el ordenamiento, el problema que surge (ya no un problema de interpretación *stricto sensu* sino un problema de relevancia) es el de encontrar la norma en que fundar la decisión al caso “lagunoso”. Un problema que, naturalmente, sólo se plantea en aquellos ordenamientos donde el juez tiene la obligación de dar una solución al conflicto (prohibición de resoluciones *non liquet*) y ha de hacerlo además según el sistema de fuentes establecido (principio de legalidad, en sentido amplio).

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

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

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

“documental” la aportación de cintas magnetofónicas. (pp. 116-121)

3.2.3.9. Casos fáciles y casos difíciles.

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

La interpretación jurídica según Gascón (2003) refiere:

“No es una actividad libre y ejercida de cualquier modo sino que se desarrolla en un contexto lingüístico, cultural y jurídico que la somete a unos límites y vínculos, siendo éstos de diversos tipos. Así, las posibilidades interpretativas están contenidas por los usos lingüísticos atribuidos a las palabras, o por el marco semántico reconocido previamente; o por el significado de las palabras en los contextos lingüísticos relevantes, en

particular el técnico jurídico (términos como: “donación”, “acción”, etc.). Y otro vínculo lo constituyen las convicciones propias de la sociedad, que funcionan generalmente como contrapeso a las huidas hacia adelante del intérprete, sobre todo cuando están implicados términos con fuerte carga valorativa (por ejemplo, honestidad, obscenidad, etc.). Estos y otros vínculos generan hábitos interpretativos que hacen que muchos textos legales terminen por adoptar un significado constante, de manera que la interpretación de esos textos puede que no aparezca como problemática (o difícil) sino como una (fácil) actividad cognoscitiva de su significado constante. Precisamente por ello, para distinguir entre los casos en que se presentan de hecho problemas o dudas interpretativas y aquellos otros en que tales dudas no se plantean, puede *hablarse de casos difíciles y casos fáciles*, respectivamente. Más exactamente, un *caso es difícil* cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida; *es fácil* cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas puedan plantearse.

Es evidente que cuando los jueces aplican (o dejan de aplicar) una norma en los casos difíciles ejercen discrecionalidad, pues la decisión de la controversia requiere elegir entre al menos dos soluciones (o interpretaciones) alternativas; pero cuando aplican una norma a los casos claros o fáciles la decisión aparece o es sentida como no discrecional porque de hecho nadie la cuestiona. Por eso, en el discurso de los juristas, donde es frecuente usar un concepto de interpretación no en su sentido amplio de atribución de significado a un texto legal sino en su sentido más restringido de esclarecimiento de ese significado en situaciones de duda o controversia en torno a su campo de aplicación, sólo se entiende que existe necesidad de interpretar cuando estamos ante un caso difícil.

Sin embargo no se debe llevar a confundir las cosas y a presentarlas como si al menos en los casos fáciles hubiese siempre respuesta correcta; esto es, como si no hubiese nunca discrecionalidad interpretativa. Y al respecto sólo unas observaciones:

1. Incluso en los supuestos en que exista homogeneidad interpretativa

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

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

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

Por ello la interpretación no puede postularse como descubrimiento o averiguación sino como decisión o adjudicación del significado que conviene a un texto legal en el ámbito de sus posibilidades interpretativas (operación discrecional). Los textos legales requieren siempre ser interpretados, aunque la interpretación sólo se hace realmente manifiesta cuando se plantean controversias interpretativas; en el resto de los casos aparece “camuflada”. Cuando la interpretación no es controvertida hablamos de casos fáciles y de casos difíciles cuando aparecen enfrentadas interpretaciones distintas y justificables”. (pp. 123-126)

3.2.4. Cuestión de principios.

Refiere García (2003) “Tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios, categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, pemeias, máximas, aforismos, etc.” (p. 217). Desde luego, entre todos ellos los principios gozan de particular atención. Esta

circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión “principio jurídico” ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia.

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

(p.218). Empero, entre teoría del Derecho y TAJ existe interdependencia, en donde algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado “el Derecho como argumentación”.

3.2.4.1. Distinción entre reglas y principios.

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

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

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

La Tesis de la Conformidad.- Entre principios y reglas no existen diferencias relevantes. (p.229).

Sostiene Alchourrón y Bulygin (citado por García, 2003) que “Entre las normas que los juristas llaman “principios generales” y las normas que integran las “partes generales” sólo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no

imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios” (p. 233).

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

Según García (2003) refiere:

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

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

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

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

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

Criterio de Jerarquía (lex superior).- según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía.

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

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

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

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

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

tanto los principios son mandatos de optimización (el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.

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

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

Los profesores Atienza y Ruiz (citado por García, 2003) han explorado una distinción entre reglas y principios refiriéndose que la distinción entre reglas y principios puede plantearse a partir del carácter cerrado o abierto de la norma, por lo que proponen tres grandes perspectivas desde las que cabe definir las diferencias: desde un enfoque estructural, las normas presentan una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho al que se correlaciona una consecuencia jurídica.

En tanto que según estos autores, *las reglas* se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas, por lo que *los principios* presentarían un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada y que con relación con *las directrices* presentarían un supuesto hecho y unas consecuencias jurídicas abiertas.

3.2.4.3. Reglas y Principios como razones para la acción.

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

Mientras que un *principio* viene hacer una razón de primer orden para actuar, pero que no excluye de la deliberación, es decir; la toma en consideración de otros principios para actuar.

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

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

3.2.5. Particularidades de la interpretación constitucional

3.2.5.1. Límites de la jurisdicción constitucional.

Sostiene (Gascón, 2003) que los límites son los que derivan de la distinción entre juicio de constitucionalidad y decisión política, de una parte, y juicio de constitucionalidad y jurisdicción ordinaria (o juicio de legalidad).

i. *Separación entre juicio de constitucionalidad y decisión política (democrática)*: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir, debido a ello, las relaciones entre Constitución y ley podrían, configurarse o interpretarse conforme a dos modelos: modelo constitucionalista o judicialista y modelo democrático o legalista.

Según el *primer modelo*, la Constitución pretende saber cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y puede denominarse también *judicialista* porque en él los jueces son los que terminan desempeñando un papel fundamental en la

determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento.

Según el *segundo modelo*, la Constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, hasta dónde puede mandar. Si el modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse. Y puede denominarse *legalista* porque, el legislador democrático es quien determina qué normas presiden un sistema político histórico-concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el Juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebase el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite.

ii. *Separación entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad*: la jurisdicción ordinaria tiene, frente a la constitucionalidad, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir. La función del Tribunal no consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del Derecho efectuada por los jueces, sino sólo su adecuación al texto constitucional; es decir, no consiste en fijar la “mejor” interpretación de la ley, sino sólo en rechazar aquellas que resulten incompatibles con la Constitución, de manera que, la interpretación judicial de la ley debe ser preservada cuando no sea incompatible con la Constitución, y en caso de que sean varias las interpretaciones de la ley constitucionalmente conformes, no debe imponer la que estime mejor.

Sin embargo cabe señalar que la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria tiene lugar sobre todo cuando, con ocasión de controlar el juicio de ponderación expresado en una decisión judicial, el Juez constitucional pondera directamente. (pp. 273-278)

3.2.5.2. Doctrinas de la interpretación constitucional.

El objetivo de toda doctrina o ideología de la interpretación según (Guastini, 2010) es dirigir la actividad de los intérpretes a la luz de ciertos valores, las cuales pueden clasificarse en:

i. *Doctrina estática y doctrina dinámica.*- *La doctrina estática*

tomando en cuenta los valores de la estabilidad de la reglamentación jurídica, de la seguridad y de la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales, recomienda a los intérpretes de la constitución practicar una interpretación estable fija, diacrónicamente constante, sin cambios bruscos, sin embargo no explica qué interpretación exactamente se refiere.

En tanto que la *doctrina dinámica* tomando en cuenta el valor de la adaptación constitucional del Derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etc.) anima a los intérpretes de la Constitución a no practicar una interpretación fija, sino, al contrario, a cambiar el significado de los textos a la luz de las circunstancias (y por supuesto, de sus sentimientos de justicia). Por lo que dicha doctrina favorece a una interpretación evolutiva, la cual consiste en emplear sin que importe, cualquier técnica de interpretación con el objeto de adaptar el texto sobre todo si se trata de un viejo texto a las nuevas circunstancias.

ii. ***Universalismo y particularismo.***- Las doctrinas particularistas y universalistas se refieren especialmente a la interpretación “in concreto”: *La doctrina particularista* se funda sobre el valor de la equidad, en el sentido de lo que se llama “la justicia del caso concreto” donde los jueces no deben aplicar las normas de una manera ciega sino deben buscar, para cada caso concreto, la solución “justa”. Y esto exige que se descarte la interpretación literal, introduciendo en las normas su ratio, su justificación subyacente, las excepciones que cada vez que, a causa de los particulares del diferendo, su aplicación estricta tuviera consecuencias injustas.

Por otro lado la doctrina universalista se funda bajo los principios de igualdad y legalidad: los casos iguales deben ser tratados del mismo modo, conforme al Derecho, y toda norma debe ser aplicada uniformemente a todos los hechos comprendidos en su campo de aplicación, sin excepción. Por lo que el universalismo invita a los intérpretes a privilegiar el texto de la norma contra su ratio y desfavorece en particular la interpretación restrictiva y el uso del argumento de la disociación, recomendando a los jueces no introducir las excepciones en el campo de aplicación de las normas.

iii. ***Judicial restraint y judicial activism.***- *La doctrina o “judicial*

restraint” se inspira en el valor de la deferencia alrededor del legislador democrático. Aparentemente la doctrina favorece la interpretación literal, en el sentido que su actitud conduce a los intérpretes a reconocer las lagunas en el texto constitucional. Sin embargo las materias que la Constitución no regula de ninguna manera, en las cuales el legislador es del todo libre de decidir, no importa de qué modo.

En tanto que la doctrina del “judicial activism” se inspira a veces en el valor de la coherencia del derecho, es decir; con la “conciencia social”. Siendo que ésta favorece la libre creación del Derecho Constitucional por los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, identificadas por medio de sus sentimientos de justicia. Sin embargo ésta doctrina se opone a la interpretación diacrónicamente constante o a la interpretación literal o a interpretación originalista. (pp. 41-45)

3.2.5.3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas.

Según (Gascón, 2003) refiere:

a) *El principio de interpretación conforme.*- Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control.

Por ello la *interpretación conforme* se enmarca en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Configurándose de esta manera como una regla de interpretación sistemática que entiende la Constitución como contexto obligado para la interpretación de cualquier texto jurídico, y en un instrumento para prevenir o evitar antinomias. La obligatoriedad de dicha regla se vincula al principio de constitucionalidad o de primacía constitucional. Pero, además cabe señalar que *la técnica de la interpretación conforme* se vincula a los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, configurando su anulación como remedio

extremo. Más exactamente, la interpretación conforme es usada por el Juez Constitucional con la finalidad de evitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, sucediéndose en las llamadas sentencias interpretativas y sentencias manipulativas.

b) *Las sentencias interpretativas.*- Son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de la misma, en efecto, a raíz de la interpretación conforme a la Constitución, el Juez constitucional podría imponer la (a su juicio) mejor interpretación de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Dejándose de este modo sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial. Por eso, el principio conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio de self-restraint a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria. (pp. 278-282)

3.2.5.4. Juicio de ponderación.

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

3.2.5.4.1. Conflictos entre normas constitucionales y la ponderación.

Desde la *perspectiva de la jurisdicción constitucional*, los conflictos se presentan cuando se confrontan el bien o valor constitucional protegido por la norma o medida pública que se enjuicia y otro bien o valor constitucional; en tanto que desde *la perspectiva de la jurisdicción ordinaria*, los conflictos se presentan cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto resultan relevantes al mismo tiempo dos bienes o valores constitucionales. En razón a ello cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que, o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Y por el contrario, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda valer el uno sobre el otro.

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

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

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

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

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

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

i. **Fin legítimo.-** La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la

interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay ponderación, porque falta uno de los términos de comparación.

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

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

iv. **Test de proporcionalidad.**- En sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Dicho requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional (pp. 299-300).

Ponderación y subsunción

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

3.2.5.4.4. Control difuso e interpretación constitucional.

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

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

En base a lo que viene aconteciendo, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales a fin de analizar su incompatibilidad, para ello se tendrá que seleccionar la norma de mayor rango, la misma que es objeto de la impugnación y sobre la cual estará en confrontación con una norma legal, a fin de conocer respecto de la existencia de la compatibilidad de normas y a la vez sí se ha aplicado correctamente las técnicas de interpretación. Siendo así, se puede presentar la figura jurídica del Control Concentrado, la misma que es aplicado por el Tribunal Constitucional cuando se presenta una incompatibilidad de las leyes, la misma que debe entenderse como el control de la constitucionalidad de las leyes, siendo únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

En tal sentido (Gascón, 2003) refiere:

La configuración del Control concentrado admite a su vez dos variantes:

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

legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

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

3.2.6. Razonamiento judicial y derechos fundamentales.

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

3.2.6.1. Definición de derecho fundamental.

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

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

3.2.6.2. Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho.

Según el autor Mazzaresse (2010) sostiene:

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

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

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

3.2.6.3. Derechos fundamentales y aplicación judicial del derecho.

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

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

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

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

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

Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.- Señala Mazzarese (2010) que no menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia:

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

En *modo negativo* cuando, por el contrario, por razones derivadas del

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

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

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

3.2.6.4. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.

Es difícil negar el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la resolución de una misma controversia, siendo innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho, la invasividad de su papel en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción.

3.2.6.4.1. Dificultades epistemológicas.

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

Según (Mazzarese, 2010) refiere:

Que el primer orden de dificultades afecta a la re (definición) de los

criterios de identificación del Derecho (normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial de los criterios de identificación del derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión y en segundo orden de dificultades afecta a la (re) definición, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica.

Por lo que estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válidos son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho asimismo estas dos órdenes son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales.

Sin embargo cabe señalar que la primera razón de la indeterminación afecta a los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo; la segunda y la tercera razón afectan, por el contrario, a los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en la razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica). (pp. 243-245)

Indeterminación y criterios de identificación de los derechos fundamentales.- La primera razón de la indeterminación de los derechos fundamentales cuya tutela judicial debe garantizarse al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto.

Se juzga que son los valores a realizar y a defender mediante la enunciación de derechos fundamentales y mediante la reivindicación de su protección y a la diversidad de derechos fundamentales que, de acuerdo con distintas concepciones se juzga que son los derechos fundamentales que constituyen los medios necesarios para promover y garantizar los valores que se ha decidido realizar y defender a la diversidad.

Señala Mazzaresse (2010) refiere:

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

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

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

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

Indeterminación y criterios de interpretación: la (potencial) competitividad entre derechos fundamentales.- Una fuente ulterior de

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

Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico tal como señala (Mazzarese, 2010): a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar un derecho fundamental sin violar, o al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último.

El fenómeno de los conflictos entre derechos fundamentales, no es simplemente un caso particular del fenómeno más general del conflicto entre normas (es decir, del fenómeno de las antinomias). Aunque estén relacionados, los dos fenómenos presentan, en efecto, diferencias significativas.

4.2.6.4.2. Dificultades lógicas.

Señala Mazzarese (2010) lo siguiente:

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

Naturaleza constitutiva de las decisiones judiciales.- Las decisiones

judiciales tienen naturaleza constitutiva y no declarativa, tanto la conclusión (la parte dispositiva), porque es el resultado de una deliberación (por parte de un órgano competente) y no de una manera de deducción lógica, como las premisas, tanto la jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado de un complejo proceso decisorio y valorativo.

La tesis de la naturaleza constitutiva tanto de las premisas, jurídicas y fáctica, como de la conclusión de una decisión judicial, recibe una doble confirmación tanto en razón de esos derechos a los que ha hecho referencia como derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho, como en razón de aquellos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.

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

Este dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derechos fundamentales distintos, sino de un mismo derecho fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales (a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable) la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son

derivables en el cálculo (pp.256-259).

3.2.6.5. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.

La infracción normativa es el del inciso 3 del artículo 559 del Código Procesal Civil; Por lo que habiéndose demostrado la incidencia de la infracción normativa procesal, el citado recurso propuesto debe ser declarado fundado, casarse la sentencia de vista, y ordenarse se emita una nueva decisión conforme a lo expuesto en los fundamentos precedentes. Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación

3.2.6.6. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.

Según el caso en estudio, la institución jurídica es el otorgamiento de escritura pública, institución que de acuerdo al autor Gutierrez (2007) “consiste, conforme al artículo 1412 del Código Civil, que la forma es la manera de existencia de los actos jurídicos”. (p. 326)

Asimismo, Redenti (citado por Hinostroza, 2012) indica:

El procedimiento de otorgamiento de escritura pública se lo puede promover por que el vendedor se niega a entregar el escritura o porque el obligado no es habido. El mismo procedimiento, ya en acto, de la obligación de pagar el canon a los vencimientos pactados; y entonces tiende a obtener (...) una providencia con efectos constitutivos (...). (p. 213)

3.2.7. Antinomias.

3.2.7.1. Definiciones.

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

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

pueda ser eliminada mediante interpretación, ni pueda ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido. (p.272)

3.2.7.2. Antinomias en los razonamientos judiciales.

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

3.2.7.3. Las antinomias como incompatibilidad normativa.

El primer concepto de antinomia donde es una incompatibilidad entre dos normas, es un concepto genérico y estático. Pero ante todo, se trata de un concepto genérico: en efecto una antinomia es caracterizada como cualquier “incompatibilidad” entre dos “normas” cualesquiera que se asume son simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico.

Pero además tal como señala Chiassoni (2010) expresa:

Se trata además de un concepto estático: una antinomia es caracterizada en efecto sin hacer referencia alguna a las modalidades de su verificación y de su resolución. En la reflexión contemporánea sobre las antinomias, se suele distinguir diversos tipos de incompatibilidad normativa. Entre estos, a partir de una afortunada taxonomía delineada por Karl Engisch, no es la incompatibilidad “lógica” (que daría lugar a las “antinomias en sentido propio” o “propiamente dichas”, por un lado, a la cual se contrapone la incompatibilidad “teleológica”, “axiológica”, y de “principio” (que daría lugar, en cambio a las “antinomias impropias”) por el otro.

Asimismo se suele distinguir además las incompatibilidades entre “simples normas”, o “reglas” (de detalle), o “precisas disposiciones”, las incompatibilidades entre reglas y “principios” y, finalmente, las incompatibilidades (a veces también denominadas “colisiones” entre principios. (pp. 272-273)

3.2.7.4. Las antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas.

Según Chiassoni (2010), se clasifican:

1. Normas contradictorias, normas contrarias: definiciones preliminares.- Sí, para los fines de una teoría analítica de las antinomias, se asume que las normas jurídicas (generales) sean (oportunamente formulables o reformulables) como enunciados sintácticamente condicionales y se considera además, que entre las formas más importantes de incompatibilidad normativa nos sea ante todo la incompatibilidad (que se suele llamarse) “lógica”, el primer concepto de antinomia puede ser precisado del siguiente modo: *Antinomia* es cualquier situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (clases de supuestos de hecho concretos) consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles.

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

2. Del sentido común de los juristas al pragmatismo de los filósofos.- Las nociones de contradictoriedad y de contrariedad lógica habían sido acuñadas para dar cuenta entre proposiciones (declarativas) y habían sido definidas, en consecuencia, recurriendo a los predicados “verdadero” y “falso”: dos proposiciones son “contrarias”, cuando no pueden ser ambas verdaderas, sino pueden ser ambas falsas; dos proposiciones son en cambio “contradictorias”, cuando no pueden ser ni ambas verdaderas, ni ambas falsas, así que necesariamente una de las dos es verdadera, y la otra es falsa.

Sin embargo las normas jurídicas, a diferencia de las proposiciones, no son ni verdaderas, ni falsas. Son según la perspectiva de cada caso adoptada: válidas o inválidas (en algún sentido de “validez” que debe ser cuidadosamente definido), aplicables o inaplicables (al menos prima facies), justas o injustas (respecto a los comunes destinatarios y/o a los órganos de la aplicación), violables o inviolables, susceptibles de observancia o insusceptibles de observancia, utilizables (para algún fin) o inutilizables, etc.

En el ensayo *sui criteri per risolvere le antinomie*, Norberto Bobbio

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

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

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

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

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

los ponen frente a un verdadero y propio dilema: hagan cualquier cosa, ellos violarán una u otra de las normas de conducta, exponiéndose a eventuales consecuencias desfavorables (duda práctica absoluta).

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

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

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

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

expuestos a fuerzas que converjan sobre aquellos por direcciones opuestas.

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

A. Variaciones en Ross.-

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

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

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

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

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

círculos que se intersectan.

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

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

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

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

B. Antinomias en abstracto, antinomias en concreto.- Las antinomias absolutas, relativas unilaterales, relativas bilaterales explícitas, por exclusividad bilaterales y por exclusividad unilaterales son *antinomias directas, o en abstracto*, por lo que el conflicto entre las dos normas

consideradas de vez en cuando depende, directamente, de su contenido: en particular, del modo en el que son caracterizados los supuestos de hechos abstractos y/o del tipo de conexión lógico-sintáctica que transcurre entre los supuestos de hechos abstractos y las respectivas consecuencias jurídicas.

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

3.2.7.5. Las antinomias como incompatibilidades no lógicas.

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

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

b) Antinomias instrumentales.- Subsisten cada vez que una norma (instrumental) prescriba o constituya condiciones no ya impedidas, insuficientes respecto al objetivo prescrito por una norma final. Eso equivale a sostener que la norma instrumental se funda sobre un juicio empírico (anancástico o probabilístico) de adecuación instrumental que es falso, o de

todos modos infundado.

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

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

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

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

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

iii. Una antinomia teleológica es parcial bilateral, cuando la

consecución del fin prescrito por una de las normas está solo en algunos casos impedida la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa. (pp. 290-297)

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

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

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

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

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

normas que, por hipótesis, no pueden ser identificadas sin tener previamente desarrollado una actividad de tal tipo.

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

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

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

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

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

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

Re _ _ interpretación de las disposiciones.- Dado los posibles resultados de la fase de primera interpretación, en la fase de re-interpretación, o interpretación considerada en su totalidad, de las dos disposiciones, el

intérprete, en la segunda de las circunstancias y según lo que considera necesario u oportuno hacer, alternativamente:

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

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

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

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

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

Los criterios de resolución de las antinomias pueden ser comprendidas como cualquier particular conjunto de metanormas, cuya función consiste en

establecer: cual, entre las dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre la otra y; en qué modo debe prevalecer, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, es decir sectores o bajo sectores de un ordenamiento jurídico.

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

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

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

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

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

El criterio de competencia.- Dadas dos normas incompatibles, la norma que pertenece a la fuente competente a disciplinar una materia prevalece sobre

la norma que pertenece a la fuente incompetente. La determinación de los efectos del sometimiento estatuida en aplicación del criterio de competencia es un hecho del todo contingente, que depende de la estructura de los ordenamientos y de las construcciones dogmáticas de los juristas y de los jueces.

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

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

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

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

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

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

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

Encuentra aplicación en presencia de antinomias distintas de aquellas a las cuales se aplica el criterio de especialidad, así como también puede servir para resolver antinomias parciales bilaterales (antinomias parciales-parciales de Rosss de los dos tipos primero consideradas), y además las antinomias por exclusividad unilateral.

Al parecer sirve pacíficamente para resolver antinomias entre normas que sean: contemporáneas y pertenecientes a la misma fuente o sea a fuentes equiordenantes, y tiene por efecto la parcial abrogación (derogación) de la norma común.

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

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

3.2.8. El derecho a la debida motivación.

3.2.8.1. Importancia de la debida motivación.

Si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido

adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna y por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas.

Por ello el razonar del juez es un continuo ejercicio por construir buenas razones, por edificar permanentemente el respeto por las reglas de la lógica y por lograr una pretensión de corrección que finalmente persuada, es aquí donde se expresa con calidad propia una decisión judicial.

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

En cuanto a la labor de nuestros jueces y fiscales en cuanto a la construcción de sus decisiones judiciales deben ir siempre acompañadas por los estándares de la lógica como de una adecuada justificación de argumentos.

Por ello el razonamiento de las premisas puede llevar valederamente a una conclusión, encontrándose el valor de la lógica para la disciplina del derecho en general, que exista una congruencia de conclusiones valederas. Sin embargo la lógica solo nos garantiza la validez formal de las premisas, es decir, sus asertos, pero no garantiza la verdad material de estas, lo que nos llevaría a cerciorarnos de que las premisas sean realmente verdaderas, es decir a una constatación de las premisas.

Tal como sostiene Figueroa (2014) Ante una adecuada secuencia en la construcción del razonamiento jurídico se requiere cual es la adecuada justificación de las decisiones judiciales expresada en respectivos argumentos, por ello es importante tener en consideración los siguientes aspectos relacionados al tema:

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

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

De coherencia.- En razón de que el todo armónico puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, normas que eventualmente pueden llegar a contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, siendo resueltas por los jueces del estado constitucional de diversas formas: por métodos de solución de antinomias bajo criterios *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat anterior* o *lex specialis derogat generalis* cuando trata de conflictos normativos, o bajo otros parámetros: ponderación y principio de proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas-principios.

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

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

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

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

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

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

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

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

liminares de una justificación suficiente.

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

3.2.9. La estructura de la sentencia casatoria.

3.2.9.1. Etimología.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La voz “sentencia” deriva del latín “*sentiendo*” porque, se entendía que en ella, el Juez tiene que expresar lo que auténtica y personalmente siente, frente a las alegaciones y probanzas de las partes. Ese concepto ha evolucionado, y hoy la Sentencia expresa la conformidad o disconformidad de una pretensión con el Derecho objetivo o la desestimación de la pretensión.

La sentencia es el resultado de una operación mental, sujeta a un juicio lógico, que es obra del Juez, pero a la que el Estado le presta el apoyo de su fuerza coactiva: La sentencia no contiene otra voluntad que la de la Ley, traducida en forma concreta al caso sujeto a juzgamiento. Así, la aplicación particular del Derecho queda elevada a una categoría abstracta, que no ve en ella la actuación de una persona determinada, sino una expresión de la vigencia de una norma jurídica. (p. 103)

3.2.9.2. La determinación de los hechos.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La determinación del juicio de hecho es de la mayor importancia, pues de ello sigue su interpretación y la labor de subsunción.

La Corte Suprema, entonces, recibe los hechos como se han establecido en las instancias de mérito, en base a la apreciación probatoria.

El Tribunal Supremo no puede modificar la relación la relación fáctica establecida en la instancia, no puede realizar averiguaciones de hecho, ni valorar nuevamente la prueba. No hay casación respecto de la relación de hecho determinada por los jueces de mérito; salvo, por supuesto, casos de

arbitrariedad manifiesta, que pueden ser denunciadas en la causal del inciso tercero con relación a la motivación de la sentencia, como se tratará más adelante.

Cuando la casación se declara procedente por afectación del derecho al debido proceso o infracción de las formas esenciales para la eficacia y la validez de las resoluciones, la sentencia en casación puede resultar anulando lo actuado y retrocediendo el proceso al estado de emitir una nueva sentencia, en primera o en segunda instancia según el alcance de la nulidad, lo que podría llevar a que en el nuevo pronunciamiento se establezca una nueva relación de hecho, pero siempre en las instancias de mérito, y no en casación. (p. 110)

4.2.9.3. La interpretación de los hechos.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Los hechos, en la realidad no dicen nada.

La ley los hace hablar, ya que propiamente el Juez no conoce hechos reales, sino los que ha reconstruido merced a un proceso de selección dirigido desde la propia ley; pero esa dirección no es completa ni elimina las valoraciones subjetivas. Primero porque los hechos establecidos deben ser interpretados, y segundo, porque en este punto son atendibles algunos planteamientos hermenéuticos acerca del valor de la experiencia en el proceso de comprensión y de lo que ésta significa. (p. 113)

3.2.9.4. La subsunción.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

El Hecho y el Derecho son dos campos diferenciados e independientes; se pueden representar como dos planos superpuestos en el proceso, en el que el Derecho está para regir los hechos, y estos son precisamente, el fin y objeto de la aplicación del Derecho.

Es clara la distinción entre hecho y Derecho. Por ejemplo, en la Teoría del error, se distingue el error de hecho del de Derecho.

Determinados los hechos, esto es los hechos relevantes, los hechos con trascendencia jurídica, se ha culminado una etapa fundamental. La siguiente es la aplicación de la ley al hecho, que concierne a la combinación de lo abstracto y de lo concreto.

El Juez de mérito debe buscar la norma pertinente a estos; aquella norma que los haya previsto. Subsumir según la definición del DRAE, es considerar algo particular sometido a un principio o norma general.

La subsunción se cumple cuando el Juez establece que el hecho que ha determinado, como consecuencia de la apreciación probatoria, se encuentra previsto en la hipótesis de la norma, la que en consecuencia es de aplicación para resolver la cuestión litigiosa debatida y sometida a su decisión.

El Juez, observador imparcial de la conducta ajena, considera la ley y los hechos que deben ser puestos en relación. La voluntad de la Ley se individualiza cuando los hechos corresponden a su hipótesis, y como consecuencia el Juez establece la certeza del comportamiento que otros debieron tener en ejecución o aplicación de dicha norma.

Este es el juicio, sin el cual no podría la ley obrar. Es el juicio que compone el Derecho (la ley) y el hecho.

Más el Derecho tiene muchísimas lagunas, pues no puede prever todos los casos de conflicto entre los individuos. Esos vacíos se llenan con la “integración” incorporando el juez ingredientes creativos, caso en el cual se hace de aplicación el principio de “Plenitud”, ya referido, en virtud del cual la ley no reconoce vacíos. (pp. 114-115)

3.2.9.5. Motivación de la sentencia.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Quien tiene que tomar una decisión importante, reflexiona, sopesa las distintas alternativas y las consecuencias de su posible decisión, y finalmente adopta una de ellas. En la vida cotidiana las decisiones importantes, generalmente, se adoptan como consecuencia de un proceso racional. Entonces, con cuanta mayor razón, para dictar una sentencia, se deben examinar cuidadosamente las cuestiones planteadas y hacer explícito ese análisis. La práctica del Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. (pp. 115-116)

La exigencia de la fundamentación de las sentencias es una conquista de la humanidad, y hoy se lee en los pactos internacionales sobre derechos humanos, como el de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La fundamentación es obligatoria en todas las resoluciones judiciales, sean de primera o segunda instancia, o de casación. No es necesaria en decretos de mero trámite.

Como ya se ha señalado línea arriba, el Superior está facultado para revisar la apreciación probatoria y como consecuencia de ello modificar las cuestiones de hecho y el derecho aplicado.

Si el Superior, al absolver la apelación, coincide con la apreciación probatoria y fundamentación de la apelada, no tiene objeto ni utilidad que repita una fundamentación que es suficiente, o que agreguen motivos rebuscados, superfluos o en abundancia y por tanto innecesarios. Nuestros legisladores no lo han entendido así y por ley N° 28490, publicada el 15 de abril del 2005 han modificado el art. 12 de la LOPJ para establecer que en segunda instancia, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente. Esta ley constituye una intromisión en la labor jurisdiccional, pues literalmente está diciendo que la motivación de una sentencia de primera instancia, por el hecho de ser apelada no es suficiente, y expresa idea, bastante difundida, que los jueces de revisión no estudian los casos, lo que revela desconocimiento de la labor de los vocales superiores. (pp. 117-118)

3.2.9.6. Fines de la motivación.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La doctrina reconoce como fines de la motivación:

a) Que el Juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y de la comunidad en conocerlas. Como anota Marcello, la motivación es el instrumento que garantiza el control democrático difuso sobre los fundamentos y legalidad de la decisión.

b) Que se pueda comprobar que la decisión judicial adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho. En ese punto resguarda el principio de legalidad;

c) Que las partes, y aún la comunidad, tengan la información necesaria para recurrir la decisión, en su caso; y

d) Que los tribunales de revisión tengan la información necesaria para

vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

A los que cabe agregar:

e) Para conocer si el Juez ha interpretado correctamente los hechos establecidos; y

f) Si ha aplicado con acierto la ley a los hechos establecidos.

La motivación sirve a las partes en el proceso, a la ley, a la justicia y a la sociedad entera. Se trata de que el proceso de aplicación del Derecho sea explícito, público y transparente, y no permanezca en el secreto o en el misterio; y que en la propia Resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran pertinentes al caso. No se trata de que se escriban largos y rebuscados fundamentos, sino que los expuestos den suficientes sustento a la decisión adoptada.

En varias Ejecutorias de la Corte Suprema, se ha señalado que la motivación de la sentencia es la forma como el Juez persuade de su justicia y que la motivación de la sentencia es el canal de la legitimación de la decisión. (pp. 119-120)

3.2.9.7. La clasificación de los fundamentos de la sentencia.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

Este es un aspecto de suma importancia para los efectos del planteamiento del recurso de casación. Una sentencia puede tener varios fundamentos: algunos serán principales y otros secundarios o en ambulancia.

Serán fundamentos secundarios aquellos principales, se incurre en algunos de los errores sustantivos previstos como causales del recurso de casación, la sentencia quedará sin sustento, será casada, (anulada o rescindida) y la Sala de Casación, actuando en sede de instancia sustituirá el pronunciamiento de mérito, emitiendo un nuevo pronunciamiento de fondo.

Esta distinción es fundamental para los efectos del planteamiento del recurso de casación. Por eso, desde ahora se señala, que el recurso de casación debe estar dirigido a desvirtuar, atacar e impugnar los fundamentos jurídicos principales de la resolución superior y por supuesto a los secundarios; pero si solo se impugna los secundarios, de un lado se estimará que han quedado

consentidos los fundamentos principales, y de otro, como la sentencia tendrá sustento suficiente en los argumentos principales, y de otro, como la sentencia tendrá sustento suficiente en los argumentos principales, el recurso será calificado como improcedente. El Art. 388 en su Inc. 3 exige demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada. (p. 121)

3.2.10. El razonamiento judicial.

Sánchez-Palacios Paiva (2009):

La Constitución Política del Estado, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil exigen que la sentencia sea motivada. Esta es una garantía que debe cumplirse, pero que además es fundamental para la casación, puesto que esta examina el proceso constructivo de la sentencia, su fundamentación y la interpretación judicial de las normas.

En el tiempo se han formulado diversas teorías sobre la forma en que se constituye la fundamentación de una sentencia. (p. 125)

3.2.10.1. El silogismo.

El primero que relacionó el razonamiento judicial con el silogismo aristotélico fue Cesare

Bonesano, Marques de Beccaria, en su obra, “Tratado de los Delitos y las Penas”, publicado por primera vez en 1764, quien escribió: “*En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena*” (p. 15)

Esta teoría fue desarrollada ampliamente por los juristas que le siguieron, como se aprecia en el tratado de Claude Du Pasquier, profesor de la Universidad de Neuchatel, quien sostiene que el silogismo judicial importa un paso de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo particular, en suma es una deducción, y que esa aplicación del Derecho al hecho se llama “subsunción”. (Citado por Sánchez-Palacios Paiva, 2009)

3.2.10.2. La importancia del razonamiento jurídico.

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

Tanto en cuanto a la fundamentación de la sentencia, para su elaboración por los jueces y su análisis tanto por los abogados como por el

Tribunal de revisión, y por su necesario referente para las denuncias que se formulan en el recurso de casación y la fundamentación correspondiente de éste, puesto que como se anotó, la argumentación expuesta en el planteamiento del recurso de casación, es una propuesta de fundamentación de la sentencia de casación que se quiere alcanzar.

Lo que se ha adquirido transmitir es la importancia de la argumentación jurídica en la estructura de toda sentencia, que desde el luego escapa a los estrechos moldes del silogismo, pero que necesariamente debe andar de la mano de la lógica, utilizando todas las técnicas argumentativas permitidas.

La conclusión de este tema es que la estructura de una resolución judicial está formada por un sinnúmero de silogismo, razonamientos destinados a justificar una decisión y consecuentemente su dominio es sumamente importante, no solo para los jueces, sino y en este caso para los abogados que preparan un recurso de casación.

Los fundamentos de la sentencia deben estar hilvanados lógicamente, en forma deductiva, a fin de poder seguir y analizar la línea de pensamiento que siguió el juez. (pp. 133-134)

3.2.10.3. *El control de la logicidad.*

Siguiendo al mismo autor:

En casación es posible efectuar el control de logicidad de las premisas de una sentencia, y en este sentido, siguiendo a Olsen A. Ghiradi, los errores in cogitando se clasifican como:

a) ***Motivación aparente***, que se evidencia cuando los motivos de la sentencia se reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron o bien, en formulas vacías de contenido que no condicen con la realidad del proceso, o que nada significan por su ambigüedad o vacuidad.

b) ***Motivación insuficiente***, que resulta cuando el fallo no evidencia un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y no deriva de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas se vayan determinando; o cuando cada conclusión negada o afirmada, no responde adecuadamente a un elemento de convicción.

c) ***Motivación defectuosa***, que se evidencia cuando el razonamiento del

juez viola los principios lógicos y las reglas de experiencia.

Los errores “*in cogitando*” deben ser denunciados por la parte interesada como de

Afectación del Derecho al Debido Proceso, y fundarse en cuestiones adjetivas y no en temas de fondo del asunto, pretendiendo un revisión o reexamen de la prueba o modificación de la relación de hecho establecida en la instancia. (pp. 134-135)

3.2.11. Las normas legales.

3.2.11.1. Las normas.

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

Una norma jurídica es un precepto, dictado por autoridad competente, que establece determinada regla, a la que se deben ajustar las conductas, actividades y tareas de las personas, naturales o jurídicas, y tienen como fin asegurar la delimitación y la coordinación de los intereses, tantos privados como públicos: en otras palabras asegurar la convivencia social. Su camino es el interés protegido y su meta es la paz jurídica.

La norma determina exteriormente y de modo incondicionado la libre voluntad humana. Una norma es un mandato emanado del Estado. La libertad absoluta queda encauzada en el marco de un sistema de normas, que en su conjunto forman el Ordenamiento Jurídico, que regula la existencia de la Sociedad y que es el sustento del Estado. La libertad individual queda enmarcada y rige el principio de acuerdo al cual, “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Art. 2, Inc. 24, apartado a. de la Constitución Política del Estado). Este principio no rige para los Organismos del Estado ni para los funcionarios públicos, cuya conducta se rige por el principio de Legalidad, de acuerdo al cual sólo pueden actuar y ejercer las facultades que expresamente le señale la Ley. (Art. 40 de la Carta Política)

La norma jurídica contiene tres elementos que la caracterizan:

a) Constituye una regla, que es la expresión de un estado de la conciencia colectiva en determinado momento, que integra y corresponde al Ordenamiento Jurídico que rige la vida en sociedad, y a la que debe ajustarse la

conducta humana.

b) Constituye una orden, lo que supone la posibilidad de hacerla cumplir imperativamente, aún contra la voluntad de los sujetos.

c) Contiene la garantía de su eficacia, lo que no necesariamente significa una coacción, pues a veces contiene la promesa de un beneficio, que constituye un estímulo para su ejecución.

Las normas jurídicas, según su naturaleza y para los efectos de nuestro estudio, se clasifican en materiales o sustantivas y procesales o adjetivas. (pp. 139-140)

3.2.11.2. Clasificación de las normas.

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

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

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

a) Una resuelven directamente el conflicto de intereses entre las personas.

b) Otras disciplinan los requisitos de un acto encaminado a solucionarlo.

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

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

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

Normas adjetivas, procesales, formales o instrumentales, son aquellas

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

3.2.11.3. Normas de derecho objetivo.

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

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

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

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

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

Téngase presente que todas las normas que contiene el Código Civil no son de derecho material. El Código Civil contiene numerosas normas procesales. (p. 143)

3.2.11.4. Normas procesales.

Siguiendo al mismo autor:

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

Para el interés del recurso de casación, norma procesal es, en consecuencia aquella que establece reglas para la actuación del juez de las

partes y aún de terceros. Las normas del código procesal civil son de ese carácter.

3.2.12. Las causales sustantivas.

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

Las causales que señala el Art. 386 deben concordarse con los fines de la casación, pues estos determinan la premisa y finalidad que debe enmarcar todo el concepto de la casación peruana.

a) La primera causal se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada.

“Infracción es un sustantivo, de raíz latina *“infractio”*, que significa trasgresión o quebrantamiento de una ley. Es el género de las causales clásicas y puntuales: interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación. Por concordancia, entre ambos preceptos, el concepto de infracción, tiene que referirse a la no adecuada aplicación del derecho objetivo, y siempre que esto incida directamente sobre la decisión. (p. 155)

3.2.12.1. La aplicación indebida.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

Hay aplicación indebida cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en la propia sentencia. El juez ha errado en la elección de la norma, ha errado en el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma. La norma elegida no corresponde al hecho establecido.

También se llama “falsa aplicación de la ley”, y es un error de subsunción del caso particular con una norma impropia; con la que no tiene relación de causalidad.

Los efectos jurídicos establecidos en abstracto por una norma, en la hipótesis de que se verifique un cierto hecho específico, son atribuidos por el juez a un caso particular concreto diverso del previsto en la norma.

Es error común en esta causal que el recurrente la fundamente con relación a los hechos que él considera que no han sido probados en el proceso.

En esta situación también se ubican:

a) La aplicación de una norma ya derogada, salvo el caso de ultractividad prevista en el art. 2120 del CC.

b) La aplicación retroactiva de una norma, con violación también de la prohibición constitucional, pues las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos, efectos distintos de aquellos que fueron previsibles dentro del orden jurídico existente en el momento de producirse.

c) Igualmente sería el caso de aplicación de una norma legal foránea, esto es correspondiente a un ordenamiento jurídico ajeno, o inexistente para el ámbito nacional. (pp. 157-158)

34.2.12.2. La interpretación errónea.

El juez ha elegido la norma pertinente, pero se ha equivocado sobre su significado, y por una interpretación defectuosa le da un sentido o alcance que no tiene. Este es un error que tiene correlato, pues afecta la subsunción.

Es el error sobre el sentido, sobre el contenido o significado de una norma jurídica. Se verifica en todos aquellos casos en que el juez, aun reconociendo la existencia y la validez de la norma pertinente al caso, yerra interpretándola y le da un sentido que no le corresponde.

Esto tiene que ver con la interpretación jurídica, para lo cual se utilizan las reglas de la hermenéutica. Por lo que toda norma requiere interpretación. Interpretar es encontrar el sentido de una norma, que no puede ser otro, como ya se ha dicho que el que resulte de armonizarla orgánica y lógicamente con nuestro ordenamiento jurídico.

El órgano jurisdiccional tiene que decidir cuál es el sentido de la norma, definiendo la única la forma de aplicarla con rectitud, estableciendo su sentido sin desviaciones ni errores, y cuando se incurre en ellos, la casación la busca corregirlos, poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia en el juicio, o el exceso.

Es necesario puntualizar que las leyes envejecen, y que por esa razón, la interpretación de una norma podría variar en el tiempo, para adecuarse a las nuevas realidades; a los cambios sociales, económicos, científicos, etc. En estos casos, la Corte de Casación deberá hacer la salvedad en el cambio o

modificación de criterio. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, pp. 158-159)

3.2.12.3. La inaplicación.

Esta se presenta cuando el Juez comprueba circunstancias que son supuesto obligado de la aplicación de una norma determinada, no obstante lo cual, no la aplica. El juez determina los hechos relevantes que sustentan la relación de hecho, y los califica como consecuencia de lo cual se hace imperativo la aplicación de una norma, en la cual se pueden subsumir, pero el juez no la aplica. El juez ha ignorado, desconocido o soslayado la norma pertinente. Este error se comete en la premisa de Derecho generalmente se correlaciona con la aplicación indebida, pues si la norma aplicada también haya dejado de aplicar aquella norma que es precisamente la adecuada.

Por obvias razones, es el menos frecuente, pues implica el desconocimiento del Derecho, que el juez está obligado a conocer. Afecta el principio "*Iura Novit Curia*"; obligatorio para todos los jueces de mérito.

Esto no obstante es frecuente leer en los recursos de casación que se denuncia la implicación de una norma, pero con relación a los hechos que el recurrente considera que él ha probado, lo que importa un pedido de revalorización probatoria ajeo al oficio casatorio, lo que determina la improcedencia del pedido.

Cuando la sentencia declara improcedente la demanda, no contiene pronunciamiento de fondo, y doctrinariamente se considera un fallo inhibitorio. En ese caso, es obvio que la denuncia de inaplicación no tendrá sustento. (pp. 159-160)

3.2.13. Las causales adjetivas.

Los Arts. 388 Inc. 4 y 396 del CPC, considera como motivo de casación la infracción de una norma procesal que, a su vez es objeto de la decisión impugnada.

Toda infracción a una norma de naturaleza procesal, constituye un *error in procedendo* y debe ser denunciados en esos términos.

3.2.13.1. El debido proceso.

En este caso se habría producido una desviación en el proceso que afecta el derecho de alguna de las partes en el proceso, afectando garantías

sustanciales, como los principios de contradicción, bilateralidad, y doble instancia, como más adelante se desarrolla.

De ser declarado procedente el recurso y luego fundado, la consecuencia será una declaración de nulidad de la sentencia de vista y, según corresponda, la insubsistencia de la apelada y aún de lo actuado. En este caso hay reenvío, para que se emita nuevo pronunciamiento, previa subsanación del error procesal que se hubiera señalado.

A diferencia de los otros derechos fundamentales, no tiene un contenido sustantivo propio.

Según Mixan (citado por Sánchez-Palacios Paiva, 2009);

La significación originaria del Debido Proceso: exigencia de mera legalidad, o sea limitación del poder estatal mediante la ley, cuando se trataba de la afectación de los derechos fundamentales (aceptación con la que surgió en el siglo XIII) también ha evolucionado necesariamente con el desarrollo del pensamiento jurídico y político y a la luz de la experiencia histórica, como por las exigencias de la práctica social que aspira una aplicación legítima del Derecho que se concrete en la solución justo de los casos, pues no se trata de un principio exclusivamente jurídico técnico jurídico, sino de un rector esencialmente de relevancia axiológica, política, jurídico e histórica. La aspiración que mediante él se persigue ya no es que simplemente se respete la ley durante el procedimiento, sino, que la actuación procedimental estará siempre comprometida a aplicar con justicia el Derecho justo evitando en todo tiempo y lugar la práctica del disvalor, impidiendo la infracción o distorsión de los principios de la “administración de justicia” e implica también el deber de evitar el quehacer mediocre y rutinario. Su significado es magnánimo, amplio, profundo e ineludible.

Al finalizar el siglo XX podemos decir que el Debido Proceso exige y exigirá la controversia en la práctica de los principios garantistas que deban operar como sus componentes para que el procedimiento judicial sea siempre: Legal, eficiente, legítimo y eficaz. (p. 166)

4.2.13.2. Elementos del debido proceso.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) manifiesta lo siguiente:

a) **Derecho a un juez natural.**- Art. 139 incs. 1º, 3º y 19º de la Constitución: “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Nadie puede ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni juzgados por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y la ley”.

Jurisdicción significa “*decir el derecho*”; y es un artículo del Estado que se realiza mediante ciertas personas, que han calificado para ello, a las que se denomina jueces, y que ejercen ese poder especial.

La jurisdicción emana de la soberanía. El juez es el representante del Estado en el proceso. Esto significa la existencia de un juez preconstituido por la ley. Significa también que un ciudadano no puede ser desviado del juez que le corresponde en razón del territorio, turno cuantía.

b) **Derecho a ser oído dentro de un proceso rápido, sencillo y eficaz.**- Art. 139 incs. 3º y 14º de la Carta Política: “Ni sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

La norma procesal debe estar previamente establecida, y satisfacer el principio de la legalidad, porque las actividades que conduzcan al pronunciamiento jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y con el orden que la ley ha establecido.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido que, como toda norma jurídica debe ser interpretado, no por su letra sino por la inteligencia que surge de ella. Estas formas deben asegurar al justiciable:

1) Noticia fehaciente del proceso y de cada una de sus etapas (citación y notificación); 2) Oportunidad de ser escuchado y participar con utilidad en el proceso, lo que en derecho sajón se ha denominado “his day in court”.

Hay que señalar que, por principio, la nueva norma procesal se aplica al proceso en el estado en que se encuentre. Así lo establece la Segunda Disposición Complementaria del Código Procesal Civil. Así lo estableció el art. 1348 del Código de Procedimientos Civiles de 1911, y la ley de

promulgación del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851. La razón estriba en que la nueva ley procesal supone superior a la anterior, que tiene una mejora, un perfeccionamiento, en beneficio de las partes.

Por excepción se ha continuado tramitando por los cauces establecidos en el Código de Procedimientos Civiles los procesos anteriores, y ya han pasado catorce años desde que este se derogó, y aún hay procesos en giro que se rigen por sus normas.

d) **Principio de imparcialidad, independencia y justicia.**- Arts. 2 inc. 2º y 139 inc. 2º de la

Constitución: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. A la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”.

Igualdad ante la ley, imparcialidad, independencia y justicia, son conceptos relacionados. Igualdad significa que en iguales circunstancias todos son tratados de la misma forma, y en el proceso, que todos litigan con iguales derechos y obligaciones. Significa también que se suprimieron los antiguos fueros y privilegios.

Imparcialidad quiere decir que el juez “no es parte”; significa ser ajeno a la situación y conflicto que se presenta; es la falta de designio anticipado a favor o en contra de personas o cosas; es la condición y perspectiva que permite juzgar con rectitud. La imparcialidad se relaciona con la independencia, y con la justicia.

Independencia es condición de la existencia del Poder Judicial. La independencia es respecto de los otros Poderes del Estado, Ejecutivo y Legislativo.

d) **Principio de contradicción y derecho a producir prueba.**

e) **Principio de motivación de las sentencias.**

f) **Derecho a impugnar toda sentencia; Principio de la doble instancia.**

g) **Derecho a que todo proceso sea resuelto en un plazo razonable.**

(pp. 168-177)

4.2.13.3. Las excepciones.

Siguiendo al mismo autor:

Iniciando el proceso, mediante la presentación del petitorio con su sustento en los hechos y en el derecho (demanda), que es la forma en que se ejercita la acción, el demandado puede deducir algunas de las excepciones que enumera taxativamente el Art. 446 del Código y que de declararse fundadas, y según la que se hubiera deducido, produce los efectos que enumera el Art. 451 del Código. Frente a la acción surge la excepción que busca impedirla y destruirla.

La excepción afecta el derecho de acción y por ende la infracción que su resolución podría tener, debe denunciarse como afectación del derecho al debido proceso.

Solo procede el recurso de casación respecto de las resoluciones que resolviendo una excepción la declaran fundada y da por concluido el proceso. Si se declara infundada no hay lugar a recurso, pues el proceso continúa.

Así por ejemplo, si se declara fundada la excepción de prescripción, se anula lo actuado y se da por concluido el proceso. En ese caso, la excepción primó sobre la acción y esta quedó destruida para siempre.

Conforme al art. 1989 del código civil, la prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo. En caso de declararse fundadas las excepciones de: incapacidad del demandante o su representante, de insuficiencia de representación, de oscuridad o de ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y de falta de legitimidad para obrar del demandado, y el actor no subsana las deficiencias, el auto que a continuación se expide, que declare la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, será recurrible en casación, porque pon fin al proceso. (pp. 177-178)

4.3. Marco Conceptual

Casación. (Derecho Procesal Civil). Proviene la Loc. Lat. “cassare” que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso de un proceso, según Escriche la aplicación procesal de la casación,

implica la acción de anular y declarar sin ningún valor ni efecto. (Poder Judicial, 2015)

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

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

Corte Suprema. (Tribunal Supremo) es aquel órgano que ejerce las funciones de un Tribunal de última instancia cuyas decisiones no pueden ser impugnadas o las de un Tribunal de Casación

Distrito Judicial. Es la unidad de la subdivisión territorial del Perú para la descentralización del Poder Judicial. Cada distrito es encabezado por una Sala Superior de Justicia; nuestro país cuenta con 28 distritos judiciales.

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

Normas Legales. Es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por autoridad competente de acuerdo a un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción. Generalmente impone deberes y confiere derechos.

Normas Constitucionales. Es la regla o precepto de carácter fundamental establecida por el poder Constituyente y de competencia suprema. Las normas constitucionales son: imperativas, programáticas y teológicas.

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

Técnicas de Interpretación. Es el conjunto de procedimientos reglamentados que se realiza para facilitar el entendimiento entre dos personas para llegar a un fin.

3.4. Hipótesis

Las Técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes al otorgamiento de escritura pública provenientes de la Sentencia Casatoria N° 4792-2011 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en el expediente judicial N° 093-2006 del Distrito Judicial de San Juan de Lurigancho -Lima, 2016; son a través de la interpretación extensiva, sistemático-lógico.

IV. METODOLOGÍA

4.1. Tipo y nivel de investigación

4.1.1. Tipo de investigación: cuantitativa - cualitativa

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

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

4.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - descriptivo

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

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

4.2. Diseño de investigación: no experimental, transversal, retrospectivo

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

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

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

4.3. El Universo, Población y Muestra.

Con relación a la investigación en estudio la población estará constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el N° **4792-2011** perteneciente al Distrito Judicial de Lima, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

4.4. Definición y operacionalización de las Variables y los indicadores.

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
X ¹ : TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Independiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> • Auténtica • Judicial
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> • Restrictiva • Extensiva • Declarativa • Programática
				Medios	<ul style="list-style-type: none"> • Literal • Lógico-Sistemático • Histórico • Teleológico
			INTEGRACIÓN	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> • Malam partem • Bonam partem
				Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> • Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora
				Laguna de la ley	<ul style="list-style-type: none"> • Normativa • Técnica • Conflicto • Axiológica
			ARGUMENTACIÓN	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> • Premisas • Inferencias • Conclusión
				Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> • Principios • Reglas
Y ¹ INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Dependiente	Conflicto Normativo, relacionado a la Jerarquía, vigencia y especialidad	EXCLUSIÓN	Jerarquía Temporalidad Especialidad	Antinomias
			COLISIÓN	Control concentrado Control difuso	Principio de proporcionalidad Juicio de ponderación

4.5. Técnicas e instrumentos

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

4.6. Objeto de estudio

Estará conformado por la sentencia casatoria N° **4791-2011** sobre – **otorgamiento de escritura pública** existentes en el expediente N° **093-2006**, perteneciente a la Corte Suprema, del Distrito Judicial de **Lima-Lima**.

4.7. Fuente de recolección de datos.

Será, el expediente judicial el N° **4791-2011**, perteneciente a la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, del Distrito Judicial de **Lima-Lima**, seleccionado, utilizando el muestreo no probabilístico por conveniencia, por cuestiones de accesibilidad (Casal, y Mateu; 2003).

4.8. Procedimiento de recolección, y plan de análisis de datos.

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

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

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

También será una actividad orientada por los objetivos y la revisión permanente de literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos. Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán trasladados literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar la

coincidencia; con excepción de los datos de identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

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

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

4.9. Consideraciones éticas

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

4.10. Rigor científico.

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

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

4.11. Diseño de matriz de investigación

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSION	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN QUE INTERVIENEN RESPECTO A INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, REFERENTES A OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA, PROVENIENTES DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 4792-2011, EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 093-2006 DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN JUAN DE LURIGANCHO-LIMA, 2016.	¿Cuáles son las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al otorgamiento de escritura pública, provenientes de la Sentencia Casatoria N° 4792-2011, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en el expediente N° 093-2006 del Distrito judicial de San Juan de Lurigancho-Lima, 2016?	<p>Objetivo General: Determinar las técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes otorgamiento de escritura pública, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 4792-2011, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en el expediente N° 093-2006 del Distrito judicial de San Juan de Lurigancho-Lima, 2016.</p> <p>Objetivos Específicos: 5. Determinarla selección de normas constitucionales y legales, provenientes de las causales sustantivas y causales adjetivas. 6. Determinar la fiabilidad de normas constitucionales y empleando el razonamiento ju</p>	X1: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Independiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> • Auténtica • Judicial 	TÉCNICAS: <ul style="list-style-type: none"> • Técnica de observación • Análisis de contenidos
							Resultados	<ul style="list-style-type: none"> • Restrictiva • Extensiva • Declarativa • Programática 	
							Medios	<ul style="list-style-type: none"> • Literal • Lógico-Sistemático • Histórico • Teleológico 	
						INTEGRACIÓN	Analogía	<ul style="list-style-type: none"> • Malam partem • Bonam partem 	INSTRUMENTO: Lista de cotejo Población-Muestra Población: Expediente judicial consignado con el N° 4792-2011 perteneciente al distrito judicial de Lima, el
							Principios generales	• Según su Función: - Creativa - Interpretativa - Integradora	
							Laguna de la ley	<ul style="list-style-type: none"> • Normativa • Técnica • Conflicto • Axiológica 	
						ARGUMENTACIÓN	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> • Premisas • Inferencias • Conclusión 	
							Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> • Principios • Reglas 	

		<p>7. Determinar la valoración de las normas constitucionales y legales, empleando la sana crítica y las máximas de la experiencia.</p> <p>8. Determinar la interpretación del derecho como argumento jurídico, empleando las técnicas de interpretación.</p>							<p>cual a su vez va a contar como único objeto de estudio; la muestra, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral</p>
		<p>HIPÓTESIS: Las Técnicas de interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales referentes al otorgamiento de escritura pública proveniente de la Sentencia Casatoria N° 4792-2011 de la Corte Suprema de Justicia de la República en el expediente judicial N° 093-2006 del Distrito Judicial de Lima, 2016; son a través de la interpretación extensiva, sistemático-lógico.</p>	<p>Y' INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES</p>	<p>Dependiente</p>	<p>Conflicto normativo relacionado a la jerarquía, vigencia y especialidad</p>	<p>EXCLUSIÓN</p>	<p>Jerarquía Temporalidad Especialidad</p>	<p>Antinomias</p>	
						<p>COLISIÓN</p>	<p>Control concentrado Control difuso</p>	<p>Principio de proporcionalidad</p> <p>Juicio de ponderación</p>	

V. RESULTADOS.

5.1 Resultados.

El presente informe está basado en una única sentencia el expediente n° 4792-2011- del distrito judicial de lima. 2016. En la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de justicia de la Republica, declaró FUNDADA el recurso de casación interpuesto por A.Q.Y de folios quinientos cincuenta y uno a quinientos cincuenta y cinco: **CASARON** la resolución impugnada.

4.2 Análisis de los resultados

Y de el mismo se puede apreciar que, el derecho a la Libertad, como parte del conjunto de derechos y garantías individuales, tiene ubicación importante dentro de nuestro texto constitucional y en casi todos los textos constitucionales del mundo, en especial de Latinoamérica, pudiendo apreciarse el grado de importancia que el legislador le ha dado a lo largo de la historia constitucional.

Y esto se ha manifestado en la garantía del derecho de propiedad, que procede ante inacción de vendedor en otorgar la escritura pública por la venta de bien inmueble, en dicho caso corresponde al Juez autorizar el otorgamiento de la escritura pública.

La experiencia judicial de los Há•beas Corpus en el Perú a un nivel práctico antes que teórico, ha sido asumir una interpretación restringida de la libertad individual, en particular de la libertad física, seguridad personal y libertad de trán•sito, básicamente; a pesar que el artículo 12 de la Ley de Hábeas Corpus, establece los supuestos de procedencia de dicha garantía, habiendo quedado desprotegida la libertad en la mayoritaria juris•prudencia nacional en los casos vinculados, al derecho a la vida en las demandas por detenidos-desaparecidos, a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicados; y a la excarcelación en el caso de reo absuelto, entre otros.

VI. CONCLUSIONES.

6.1 Aspectos complementarios

Siendo el derecho a la propiedad un derecho fundamental, por tener origen y fundamento en la Constitución misma y siendo y siendo el derecho a la libertad individual es un derecho esencial e importante, el mismo que no es absoluto pues puede ser limitado en su ejercicio por contraponerse a valores de mayor nivel para la sociedad. Los límites al ejercicio de este derecho pueden ser "Intrínsecos", si se deducen directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en cuestión; o, "Extrínsecos", si se deducen de la inserción de los derechos en el ordenamiento jurídico, y su fundamento reside en la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionales

El debido proceso es un derecho complejo, pues, está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina procesal y constitucional. "por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores y que se refieren a las estructuras, características del tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa" (Faúndez Ledesma, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: Las garantías del debido proceso (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, página diecisiete). Dicho de otro modo, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen, la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios o reglas básicas y de la competencia predeterminada por Ley, así como la pluralidad de instancia, la motivación, la logicidad y razonabilidad de las resoluciones, el respecto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción de contradicción) entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Abad, S. & Morales, J. (2005). *El derecho de acceso a la información pública – Privacidad de la intimidad personal y familiar*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Casal, J. y Mateu, E. (2003). En Rev. Epidem. Med. Prev. 1: 3-7. Tipos de Muestreo. CReSA. Centre de Recerca en Sanitat Animal / Dep. Sanitat i Anatomia Animals, Universitat Autònoma de Barcelona, 08193-Bellaterra, Barcelona. Recuperado en: <http://minnie.uab.es>
- Chiassoni, P. (2010). Antinomias. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 3. (pp. 269-317). Lima, Perú: Ara.
- Domínguez, J. B. (2009). *Dinámica de Tesis – Guía para preparación y ejecución de proyectos de investigación científica con enfoque multidisciplinario* (3ra. Ed.). Chimbote: ULADECH Católica.
- Figuroa, E. (2014). Importancia de la debida motivación: sus implicancias desde la argumentación. En, Figuroa, E. *El Derecho a la Debida Motivación. Pronunciamientos del TC sobre la obligación de justificar las decisiones judiciales y administrativas*. (pp. 17-22). Lima, Perú: Gaceta Constitucional.
- García, M. (2003). La cuestión de los principios. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 228-256). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. (2003). La actividad judicial: problemas interpretativos. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 93-126). Lima, Perú: Palestra.
- Gascón, M. (2003). Particularidades de la interpretación constitucional. En, Gascón, M & García, A. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Colec. Derecho & Argumentación*. N° 3. (pp. 265-299). Lima, Perú: Palestra.
- Guastini, R. (2010). La interpretación de la Constitución. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P.

- Interpretación y Razonamiento Jurídico. V. II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3.*
(pp. 41-44). Lima, Perú: Ara.
- Hernández-Sampieri, R., Fernández, C. y Batista, P. (2010). *Metodología de la Investigación.* (5ta. Ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.
- Lenise Do Prado, M., Quelopana Del Valle, A., Compean Ortiz, L. y Reséndiz Gonzáles, E. (2008). El diseño en la investigación cualitativa. En: Lenise Do Prado, M., De Souza, M. y Carraro, T. *Investigación cualitativa en enfermería: contexto y bases conceptuales.* Serie PALTEX Salud y Sociedad 2000 N° 9. (pp.87-100). Washington: Organización Panamericana de la Salud.
- Mazzarese, T. (2010). Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y Epistemológicas. En, Guastini, R. Comanduci, P. Aarnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. Mazzaresse, T. & Chiassoni, P. *Interpretación y Razonamiento Jurídico V.II. Colec. Filosofía y Teoría del Derecho. N° 3.* (pp. 231-261). Lima, Perú: Ara.
- Mejía, J. (2004). Sobre la Investigación Cualitativa. Nuevos Conceptos y campos de desarrollo [en línea]. EN, *Portal Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*
<http://www.sisbib.unmsm.edu.pe>
- Muñoz, D. (2014). Constructos propuestos por la asesora del trabajo de investigación en el IV Taller de Investigación-Grupo-B-Sede-Central Chimbote –ULADECH Católica.
- Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: <http://www.pj.gob.pe>
- Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Suprema. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: <http://www.pj.gob.pe>
- Poder Judicial. (2015). Diccionario Jurídico de la Corte Superior de Justicia. Lima: Poder Judicial. Recuperado de: <http://historico.pj.gob.pe>
- Sagástegui Urteaga, P. (2012). *El Proceso de Desalojo.* (1ra. Ed.). Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Sánchez-Palacios Paiva, M. (2009). *El recurso de casación civil.* (4ta. Ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Supo, J. (2012). *Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación* [en línea]. EN, *Portal Seminarios de investigación* <http://seminariosdeinvestigacion.com>
- Universidad de Celaya (2011). Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya. Centro de Investigación. México. Recuperado de: <http://www.udec.edu>
- Valderrama, S. (s.f.). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica.* Lima,

Perú: San Marcos.

WordReference. (2015). Diccionario de la lengua española / compatibilidad. Copyright.

ANEXO 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL TRANSITORIA CASACION 4792-2011 LIMA OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

SUMILLA: La prueba constituida por una sentencia judicial en atención a su naturaleza debe tener calidad de cosa juzgada para ser considerada como tal, hacer lo contrario implica afectar el derecho a la adecuada valoración de la prueba y en consecuencia al debido proceso.

**Lima, ocho de mayo
de dos mil trece.-**

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número cuatro mil setecientos noventa y dos — dos mil once, en audiencia pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley emite la siguiente sentencia: .

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación de folios quinientos cincuenta y uno a quinientos cincuenta y cinco, interpuesto por A.Q.Y., contra la sentencia de vista de folios quinientos once a quinientos dieciséis, de fecha dieciséis de agosto de dos mil once, que revoca la apelada de fecha seis de noviembre de dos mil siete: la cual declara fundada la demanda, y reformándola declara nulo todo lo actuado e improcedente la demanda, en los seguidos por A.Q.Y contra la Asociación Pro Vivienda San Hilarión, sobre Otorgamiento de Escritura Pública.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Esta Sala mediante resolución de fecha ocho de marzo de dos mil doce, de folios sesenta a sesenta y uno. declaró procedente el recurso de casación por infracción normativa de derecho procesal, en el que se denuncia Infracción normativa del inciso 3 del artículo 559 del Código Procesal Civil, refiriendo que la Sala Superior, ha admitido y valorado la sentencia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, por el Segundo Juzgado Transitorio Especializado en lo Penal de San Juan de Lurigancho expedida en el proceso penal por el delito de contra la fe pública falsificación de documentos, la que actualmente se encuentra en estado de apelación consecuentemente no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, de lo

cual además se colige la inobservancia del principio constitucional del debido proceso y se vulnera el principio de inocencia.

CONSIDERANDOS: PRIMERO.- El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO.- Respecto a la causal denunciada por infracción normativa, según Monroy Cabra, "Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso..."¹¹ A decir de De Pina.- *"El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con- las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc. : ios motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (.. .) a infracciones en el procedimiento*². En ese sentido Escobar Forno señala "Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo"³³. Así tenemos que en el recurso de su propósito se denuncia la afectación al debido proceso.

TERCERO.- Se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa procesal de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, es de advertirse que conforme lo dispone el artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por vulneraciones a las normas que garantizan el debido proceso o las infracciones de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales en todos los supuestos se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo, mientras que si se declara fundado el recurso por las otras causales contempladas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, la Sala Suprema actuando en sede de instancia deberá resolver el conflicto según su naturaleza.

¹ Monroy Cabra. Marco Gerardo. Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda edición. Editorial Ternis Librería. Bogotá Colombia. 1979. p. 359

² De Pina Rafael. Principios de Derecho Procesal Civil Ediciones Jurídicas Hispano Americanas. México D.F 1940, p. 222

³ Escobar Pomos tván. Introducción al proceso. Editorial Temts. Bogotá. Colombia «990, p. 241

CUARTO.- En esa medida, el recurrente alega que la sentencia de vista ha afectado su derecho al debido proceso, al haber incurrido en la infracción normativa al inciso 3 del artículo 559 del Código Procesal Civil, detallando hechos que en suma resultarían ser atentatorios al principio de valoración de la prueba el cual está íntimamente ligado al de motivación de las resoluciones.

QUINTO.- El debido proceso es un derecho complejo, pues, está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina procesal y constitucional. "por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores y que se refieren a las estructuras, características del tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa" (Faúndez Ledesma, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: Las garantías del debido proceso (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, página diecisiete). Dicho de otro modo, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen, la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios o reglas básicas y de la competencia determinada por Ley, así como la pluralidad de instancia, la motivación, la logicidad y razonabilidad de las resoluciones, el respecto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción de contradicción) entre otros.

SEXTO.- Bajo ese contexto dogmático, la causal de la infracción normativa procesal denunciada se configura entre otros supuestos en los casos en los que en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento o si la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento.

SÉTIMO.- Sobre el caso que nos atañe corresponde efectuar previamente un resumen de la controversia de su propósito. En ese sentido se aprecia que mediante escrito de folios veintiuno a veintiséis, de fecha seis de abril de dos mil seis, A.Q.Y. demanda el otorgamiento de Escritura Pública, solicitando que la Asociación Pro Vivienda San Hilarión, cumpla con otorgar la Escritura Pública de Compra Venta del predio ubicado en el Lote número once. Manzana "W". (hoy Jirón Los Pelitres número mil setecientos treinta, segunda etapa de la Asociación Pro Vivienda San Hilarión). Distrito de San Juan de Lurigancho: alegando que: a) Es hijo de quien en vida fue Lucio Quispe Janampa quien falleció sin dejar testamento, por lo que inició un proceso de sucesión intestada ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho. habiendo sido declarado único heredero universal, debidamente inscrita en la partida número 11819280 del registro de sucesión intestada: b) En vida su señor padre adquirió el predio antes referido, a quien se le extendió la constancia de adjudicación con fecha doce de agosto de dos mil cinco, debidamente suscrita por la Directiva de la Asociación demandada: y c) Con fecha veintidós de febrero de dos mil seis, el demandante remitió carta notarial a la asociación demandada donde le solicitaba las facilidades del caso para la confección de la Escritura Pública de inscripción ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP. que al no haber obtenido respuesta alguna remitió otra carta notarial de fecha siete de marzo de dos mil seis donde le reiteraba por última vez que se le otorgue la Escritura Pública del predio, habiendo la demandada hecho caso omiso, lo que motiva la interposición de la presente demanda. Por su parte la Asociación Pro Vivienda San Hilarión contesta la demanda de folios cuarenta y siete a cincuenta y tres, precisando que: **a)** El padre del demandante solicitó en su momento a la Asociación demandada el título de propiedad del predio sub litis, lo que dio origen a que se emitiera la Minuta de Promesa de Compra Venta número ciento veintisiete de fecha seis de diciembre de mil novecientos ochenta a favor del referido causante quien aparece junto a su conviviente Grisela Margarita Ponce Nastarez sin estar firmada por dicha persona por su minoría de edad: y **b)** El demandante ha obtenido una Declaratoria de Herederos sorprendiendo al Quinto Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho al presentar una

partida de nacimiento falsa que demuestra que no ha sido reconocido por su padre L.Q.J. situación que viene siendo impugnada en sede judicial a través de un proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.

OCTAVO.- El Juez de primera instancia expide sentencia de folios ciento setenta y seis a ciento setenta y nueve declarando fundada la demanda: por considerar que **a)** Del análisis de los documentos presentados por la demandada Asociación Por Vivienda San Hilarión de folios treinta y seis y cuarenta y cinco, se verifica que el propietario primigenio del inmueble fue R.Y.T., quien mediante comunicación efectuada a la demandada con fecha once de setiembre de mil novecientos setenta y nueve, renunció a su calidad de socio activo y transfirió todos sus derechos a .Q.J.: asimismo del documento a folio treinta y siete, se verifica que con fecha doce de setiembre de mil novecientos setenta se celebró el acta contrato de transferencia de derechos entre R.Y.T., L.Q.J y el Presidente del Consejo de Administración de la Asociación Pro Vivienda San Hilarión, verificándose además que el precio del lote de terreno adquirido por el causante L.Q.J. fue por la suma de dieciséis mil ochocientos soles (S/.16.800.00) además de haber pagado otras sumas de dinero por diferentes aportes: **b)** La vocación hereditaria del demandante se encuentra debidamente acreditada con la copia de la ficha de registro de sucesión intestada de folios dos a tres, donde ha sido inscrito como heredero de L.Q.J.: **c)** Respecto a la contradicción formulada por la demandada sustentada en que el causante L.Q.J. ha mantenido relaciones convivenciales con G.P.N., lo que genera un régimen similar a la sociedad de gananciales: y en que el demandante ha obtenido una sentencia de declaratoria de herederos sorprendiendo al Quinto Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho. existiendo un proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta: es de tenerse en cuenta que: **1)** Para que una unión de hecho realizada voluntariamente realizada por un varón y una mujer libre de todo impedimento origine una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, necesariamente debe contar con un pronunciamiento judicial previo proceso, hecho que no ha sido probado en autos, debiéndose desestimar esta parte de la contradicción: y, **2)** Respecto a que existe proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta seguido contra el Quinto Juzgado de Paz Letrado de San

Juan de Lurigancho, conforme es de verse de la copias certificadas remitidas por el Tercer Juzgado Mixto de San Juan de Lurigancho de folios ciento treinta y cinco a ciento sesenta y tres, mediante Resolución número siete de folios ciento sesenta y dos a ciento sesenta y tres, se ha declarado fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y mediante Resolución número ocho a folio ciento sesenta y cuatro se declaró nulo todo lo actuado y la conclusión del proceso, archivándose los autos: siendo esto así el fundamento en este extremo de la contradicción se ha desvanecido: **d)** De autos también se advierte que G.M.P.N. ha solicitado la suspensión del proceso mediante escrito de folios ochenta y cinco a ochenta y seis, por existir una denuncia penal ante la Segunda Fiscalía Mixta de San Juan de Lurigancho, por delito contra la Fe Pública, habiéndose solicitado de oficio que la citada Fiscalía remita informe sobre la denuncia formulada contra el actor, además se solicitó las partidas de nacimiento de J.B.Q.P. y J.J.Q.P., de quienes se afirma que son hijas del causante L.Q.J.: resultando necesario pronunciarse sobre estos dos puntos: **1)** Con respecto a la denuncia penal sobre delito contra la Fe Pública seguida ante la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de San Juan de Lurigancho del documento a folio ciento sesenta y nueve, ésta fue archivada definitivamente con fecha veinte de abril de dos mil siete: y, **2)** Con las partidas de nacimiento de folios ciento dos y ciento tres, pertenecientes a J.B.Q.P.. se verifica que ninguna de ellas ha sido reconocida por el causante L.Q.J., consecuentemente ninguna de ellas tiene vocación hereditaria debidamente acreditada respecto al citado causante: y **e)** Estando a lo antes precisado y estando además que de las pruebas actuadas se verifica que el causante L.Q.J. ha cumplido con pagar todos los conceptos por la adquisición del lote de terreno sub litis, hecho que no ha sido desvirtuado por la demandada y que la titularidad del mismo ha sido transferido a favor del demandante mediante declaratoria de herederos se debe proceder a la formalización y Otorgamiento de Escritura Pública a favor del actor.

NOVENO.- Por su parte el *Ad quem* expide la sentencia de vista recurrida, de folios quinientos once de fecha dieciséis de agosto de dos mil once, revocando la apelada y reformándola declara nulo todo lo actuado e improcedente la demanda, sustentando su decisión en que: a) La Asociación demandada en el

tercer fundamento de hecho de su escrito de contestación de demanda manifestó que G.P.N. les había presentado documentos aduciendo que el actor A.Q.Y había obtenido la declaratoria de herederos sorprendiendo al Quinto Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho. al presentar una partida de nacimiento falsa de donde se advierte que existe dos actas de nacimiento con el mismo folio número mil seiscientos cincuenta y uno y se demuestra claramente que no ha sido reconocido por su padre, enmendaduras y otras irregularidades que se aprecia en dicha partida, b) De folios cuatrocientos cincuenta y uno a cuatrocientos setenta y cuatro, corre la sentencia de fecha treinta y uno de mayo de dos mil once expedida por el Segundo Juzgado Transitorio Especializado en lo Penal de San Juan de Lurigancho (Expediente número 541-2009) condenando al hoy demandante Arturo Quispe Yaurimucha por el delito contra la administración de justicia - fraude procesal- en agravio del Estado, imponiéndosele cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años de la condena, más la pena pecuniaria de noventa días multa de su renta a favor del Tesoro Público y de conformidad con el artículo 143 del Código Penal se ha establecido el treinta y cinco por ciento (35%) de su haber diario por días de multa; fijándose en la suma de cinco mil nuevos soles (S/.5.000.00) el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de las agraviadas: c) Por consiguiente, a nivel judicial se ha probado que el demandante tramitó ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho, un proceso de sucesión intestada, signado con el Expediente número 2434-2005, Proceso No Contencioso en el que mediante sentencia de fecha veintiocho de diciembre de dos mil cinco fue declarado heredero legítimo en calidad de hijo reconocido del causante L.Q.J.. utilizando para tal efecto una partida de nacimiento falsa que conllevó a que el Juez de Paz Letrado lo declarara heredero universal, cualidad de heredero que invocó cuando interpuso su demanda de Otorgamiento de Escritura Pública, cuya cualidad de tal, con la sentencia penal se encuentra desvirtuada ya que el demandante había adjuntado una partida de nacimiento falsa en la que aparecía estar reconocido por su causante, cuando realmente no fue reconocido al igual que sus medias hermanas J.B.Q.P. y J.J.Q.P.: y. **d)** Siendo ello así resulta evidente que el demandante no gozaba de legitimidad para

interponer la demanda materia del presente proceso, ya que a nivel judicial se acredita que tramitó el proceso de sucesión intestada ante el Quinto Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho (Expediente número 2434-2005), presentando una partida de nacimiento falsa, logrando que dicho Juzgado lo declare heredero universal del causante L.Q.J., por consiguiente, este colegiado estima que el actor al momento de interponer la demanda de Otorgamiento de Escritura Pública, no contaba con una sucesión intestada válida, que acreditara su calidad de único y universal heredero de su referido causante, por tanto, no tenía legitimidad para obrar, consiguientemente, la demanda se encuentra incurso en causal de improcedencia prevista en el inciso 1 del artículo 427 del Código Procesal Civil, deviniendo la demanda en improcedente.

DÉCIMO.- Respecto a la infracción materia de autos, es del caso señalar que sí bien es cierto en materia casatoria no corresponde a esta Sala Suprema analizar las conclusiones relativas a la valoración de la prueba examinada en instancia, sin embargo es factible el control casatorio tratándose de la infracción de las reglas que regulan la actividad probatoria, entre ellas, las que establecen que el Juez tiene la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada conforme lo prevé los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil. La doctrina autorizada como la emitida por el autor Marcelo Sebastián Midón⁴ refiriéndose al Principio de motivación conjunta de los medios probatorios señala "en el caso del dotecho a la prueba, este contenido esencial se integra por las prerrogativas que posee el litigante a que se admitan, produzcan y valores debidamente- los medios apodados, al proceso con la finalidad de formar la convicción del órgano judicial acerca de los hechos articulados como fundamentos de su pretensión o de defensa El derecho a la adecuada valoración de la prueba se exhibe, entonces, como manifestación e ineludible exigencia del derecho fundamental a probar. Si el poder de probar tiene por finalidad producir en la juzgadora convicción suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos, este se convertiría, alerta Taruffo. en una garantía ilusoria, en una

⁴ TARUFFO. Michelle citado por Marcelo Sebastián Midón. Derecho Probatorio, Parte General, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Cuyo. 2007 pp. 167-168

proclama vacía, si el Magistrado no pondera o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorio (...) el derecho a probar se resiente, y por consiguiente, también la garantía del debido proceso, si el juzgador prescinde de valorar algún medio probatorio admitido: o lo hace de manera defectuosa, invocando fuentes de los que se extraen las consecuencias aseveradas como fundamento de la sentencia, o atribuyendo valor de la prueba a la que no puede tener ese carácter (sea por desconocimiento de Lina norma legal que predetermina la valoración de la prueba, o por conceder eficacia a pruebas ilícitas o por violar proposiciones lógicas, u observaciones de la experiencia)".

DECIMO PRIMERO.- En el caso de autos, tal como se aprecia de lo actuado la Sala Superior ha valorado la sentencia emitida en el proceso penal expediente número 541-2009. que condena al recurrente por delito contra la Fe Pública en la modalidad de Falsificación de Documentos: empero no ha tenido en cuenta que dicho proceso penal no había adquirido la calidad de cosa juzgada, con lo cual se vulnera el derecho a la adecuada valoración de la prueba, pues en atención a la naturaleza de dicha prueba, para ser valorada debió tener previamente, calidad de cosa juzgada, no solo para evitar fallos contradictorios, sino en aras de velar por el derecho de defensa de las partes y el respeto a la garantía de presunción de inocencia contenida en nuestra Constitución Política del Estado. Por lo que habiéndose demostrado la incidencia de la infracción normativa procesal, el citado recurso propuesto debe ser declarado fundado, casarse la sentencia de vista, y ordenarse se emita una nueva decisión conforme a lo expuesto en los fundamentos precedentes. Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por A.Q.Y de folios quinientos cincuenta y uno a quinientos cincuenta y cinco: **CASARON** la resolución impugnada, en consecuencia. **NULA** la sentencia de vista de fecha dieciséis de agosto de dos mil once, de folios quinientos once a quinientos dieciséis; **ORDENARON** el reenvío de la causa a la Sala Superior de origen expida nueva sentencia, con arreglo a los fundamentos expuestos en ésta decisión Suprema: **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario Oficial "El Peruano", bajo

responsabilidad: en los seguidos por A.Q.Y contra la Asociación Pro Vivienda San Hilarión, sobre Otorgamiento de Escritura Pública; y los devolvieron. Ponente Señor Cunya Celi. Juez Supremo.-

S.S.

VALCARCEL SALDAÑA

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI

CALDERÓN PUERTAS

UBILLÚS FORTINI

MARG/MMS/3