



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADAS EN LA
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE
LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
EN EL EXPEDIENTE N° 14847-2015 DEL DISTRITO
JUDICIAL DEL SANTA – LIMA. 2018**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTORA
IDA TULLOCH FERNANDEZ

ASESOR
Dr. CHARLIE CARRASCO SALAZAR

LIMA - PERÚ

2018

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Mgtr. David Paulett Hauyon

Presidente

Mgtr. Marcial Aspajo Guerra

Secretario

Mgtr. Edgar Pimentel Moreno

Miembro

AGRADECIMIENTO

Nunca es tarde para hacer realidad los sueños, cuando se tiene la plena convicción de lo que se quiere alcanzar, el mío fue recibirme como Magister en Derecho de Trabajo y Seguridad Social; ello se lo debo a mi constante perseverancia y a todas las personas que me han ayudado y alentado en el camino de los estudios de pos grado; en especial mención a mi familia.

Ida Tulloch Fernández

RESUMEN

La presente investigación tuvo como problema: ¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018? : el objetivo general fue: determinar las técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa. Es tipo cuantitativo-cualitativo (mixto); nivel exploratorio – hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad muestral fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para recolectar los datos se utilizó las técnicas de la observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que la incompatibilidad normativa **a veces** se presentó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, aplicándose para ello en forma **adecuada** las técnicas de interpretación. En conclusión, al ser **adecuadamente** aplicadas permiten que la sentencia en estudio de la Corte Suprema de Justicia se encuentre debidamente motivada, es decir, argumentar en dar razones en apoyo de las premisas del razonamiento judicial.

Palabras clave: aplicación; derecho a la dignidad de la persona humana; derecho a la igualdad y no a la discriminación en el trabajo; derecho a la libertad de trabajo ; derecho al trabajo ; derecho a la remuneración; motivación y sentencia.

ABSTRACT

The present investigation had as problem: How are the interpretation techniques applied in the normative incompatibility, coming from the Sentence of the Supreme Court of Justice of Santa, in the File N° 14847-2015 of the Judicial District of Santa – Lima. 2018? : the general objective was: to determine the interpretation techniques applied in the normative incompatibility. It is quantitative-qualitative (mixed) type; exploratory level - hermeneutic; design dialectical hermeneutic method. The sample unit was a judicial file, selected by convenience sampling; to collect the data, the techniques of observation and content analysis were used; and as a tool a checklist, validated by expert judgment. The results revealed that the normative incompatibility was sometimes presented in the judgment of the Supreme Court, applying in an adequate way the interpretation techniques. In conclusion, when properly applied, they allow the judgment under study of the Supreme Court to be duly motivated, that is, to argue in giving reasons in support of the premises of the judicial reasoning

Keywords: application; right to the dignity of the human person; right to equality and not to discrimination at work; right to freedom of work; right to work ; right to remuneration; motivation and sentence.

CONTENIDO

	Pág.
Caratula	i
Jurado y asesor	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Abstract.....	v
Contenido (Índice)	vi
Índice de cuadros resultados.....	x
I. INTRODUCCIÓN	1
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA	6
2.1. Antecedentes.....	6
2.2. Bases Teóricas	19
2.2.1. El papel del Juez en el Estado de Derecho	19
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado Legislativo de Derecho	19
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho.....	19
2.2.2. Incompatibilidad Normativa.....	20
2.2.2.1. Conceptos	20
2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa	20
2.2.2.3. La exclusión.....	21
2.2.2.3.1. Criterios de validez de la norma	21
2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas.....	22
2.2.2.3.3. Las normas legales.....	25
2.2.2.3.4. Antinomias	28
2.2.2.4. La colisión	39
2.2.2.4.1. Concepto.....	39
2.2.2.4.2. Control Difuso	39
2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad	42
2.2.3. Técnicas de interpretación	46
2.2.3.1. Concepto.....	46
2.2.3.2. La interpretación jurídica.....	47
2.2.3.2.1. Conceptos	47
2.2.3.2.2. La interpretación en base a sujetos	47

2.2.3.2.3. La interpretación en base a resultados	48
2.2.3.2.4. La interpretación en base a medios.....	50
2.2.3.3. Integración jurídica.....	51
2.2.3.3.1. Conceptos	51
2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica	51
2.2.3.3.3. Principios generales	52
2.2.3.3.4. Laguna de ley.....	53
2.2.3.3.5. Argumentos de interpretación	53
2.2.3.4. Argumentación jurídica	56
2.2.3.4.1. Concepto.....	56
2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación	57
2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes.....	58
2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto	60
2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos	70
2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica.....	77
2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial	79
2.2.4. Derecho a la debida motivación	81
2.2.4.1. Importancia a la debida motivación	81
2.2.4.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces	81
2.2.5. Derechos fundamentales.....	83
2.2.5.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales	83
2.2.5.2. Conceptos	83
2.2.5.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho	84
2.2.5.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho.....	85
2.2.5.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial	86
2.2.5.5.1. Dificultades epistemológicas	87
2.2.5.5.2. Dificultades lógicas	89
2.2.5.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio	90
2.2.5.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.....	99
2.2.5.7.1. Remuneración.....	99
2.2.5.7.2. Beneficios sociales del trabajador	101
2.2.5.7.3. El incumplimiento de disposiciones y normas laborales.....	101

2.2.5.7.4. Personal de dirección.....	102
2.2.5.7.5. Trabajador de Confianza	102
2.2.5.7.6. Sobre tiempo u horas extras	103
2.2.6. Recurso de casación.....	103
2.2.6.1. Concepto.....	103
2.2.6.1.1. Casación Laboral	104
2.2.6.2. Fines de la casación	104
2.2.6.3. Causales	106
2.2.6.3.1. Causales sustantivas	106
2.2.6.3.2. Causales adjetivas.....	108
2.2.6.4. La previsibilidad de los fallos judiciales, la uniformidad de la jurisprudencia	111
2.2.6.5. Requisitos de admisibilidad.....	112
2.2.6.5.1. Resoluciones recurribles.....	112
2.2.6.5.2. El plazo.....	113
2.2.6.5.3. La tasa judicial.....	113
2.2.6.5.4. Legitimidad para recurrir en casación	113
2.2.6.6. Errores in procedendo.....	114
2.2.6.6.1. El emplazamiento del demandado.....	114
2.2.6.6.2. La constitución propiamente de la relación procesal.....	115
2.2.6.6.3. La competencia del Juez.....	115
2.2.6.6.4. Legitimidad de las partes	116
2.2.6.7. Errores en el desenvolvimiento de la relación procesal	116
2.2.6.7.1. Impugnación de vicios procesales	116
2.2.6.7.2. Negación de la prueba	116
2.2.6.7.3. Prueba actuada sin citación contraria	117
2.2.6.7.4. Apreciación de la prueba	117
2.2.6.7.5. Citación para la sentencia	118
2.2.6.7.6. El fin en el proceso	119
2.2.7. Sentencia casatoria	119
2.2.7.1. Etimología	119
2.2.7.2. Estructura de la sentencia	119
2.2.7.2.1. La determinación de los hechos	119
2.2.7.2.2. La interpretación de los hechos	120
2.2.7.2.3. La subsunción.....	120

2.2.7.2.4. Motivación de la sentencia	121
2.2.7.2.5. Fines de la motivación.....	122
2.2.7.2.6. La clasificación de los fundamentos de la sentencia	123
2.2.8. El razonamiento judicial.....	123
2.2.8.1. El silogismo	123
2.2.8.2. La importancia del razonamiento jurídico.....	124
2.2.8.3. El control de la logicidad.....	124
2.3. Marco Conceptual.....	126
2.4. Sistema de hipótesis	130
III. METODOLOGIA	131
3.1. El tipo y nivel de la investigación	131
3.2. Diseño de la investigación.....	132
3.3. Población y muestra	132
3.4. Definición y operacionalización de las variables y los indicadores	133
3.5. Técnicas e instrumentos	135
3.6. Plan de análisis	135
3.7. Matriz de consistencia	137
3.8. Principios Éticos.....	142
IV. RESULTADOS.....	143
4.1. Resultados.....	143
4.2. Análisis de resultados	169
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	193
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	197
ANEXOS:	205
ANEXO 1: Cuadro de Operacionalización de las Variables	206
ANEXO 2: Cuadro descriptivo del procedimiento de recolección, organización, calificación de datos, y determinación de la variable.	209
ANEXO 3: Declaración de Compromiso Ético.	217
ANEXO 4: Sentencia de la Corte Suprema	218
ANEXO 5: Matriz de consistencia lógica.....	232
ANEXO 6: Instrumento de recojo de datos (Lista de cotejo)	233

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema	143
Cuadro 1: Con relación a la Incompatibilidad Normativa.....	143
Cuadro 2: Con relación a las Técnicas de Interpretación	160
Resultados consolidados de la sentencias de la Corte Suprema	166
Cuadro 3: Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas de Interpretación..	166

I. INTRODUCCIÓN

La formulación de la presente tesis, obedece a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación (RI) - Versión N° 07 (ULADECH, 2016), y a la ejecución de la Línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho - Maestría; razón por la cual, se denomina “Técnicas de interpretación aplicadas a las incompatibilidades normativas, proveniente de las Sentencias emitidas por los Órganos Supremos de Justicia del Perú, 2015” (ULADECH, 2016), cuya base documental son las sentencias pertenecientes a los Órganos Jurisdiccionales Supremos de Justicia del Perú. (Carrasco, 2017)

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, pese a que los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente seguridad jurídica para los justiciables; el Juez ordinario a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en la mayoría de casos aplica el derecho; sin embargo en los jueces o magistrados del TC en parte, no es así, puesto que ellos de alguna manera encuentran la comprensión del texto normativo, lo cual permite que sean creadores del Derecho, por lo que nuestros magistrados ordinarios evidencian de ésta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera

instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia es de integrar e interpretar adecuadamente tanto normas constitucionales y normas legales para un caso concreto, a fin de dar cumplimiento a su función primordial.

En base a ello, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales, relacionados según caso en estudio al derecho laboral en relación al reintegro de beneficios sociales 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.

En el presente estudio, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia emitida por la Segunda Sala De Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema De Justicia De La República, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **Corporación Pesquera Inca S.A.C.**; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha veintiocho de abril del dos mil quince, solo en el extremo que declara fundada la pretensión referida al pago de horas extras y su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha diez de julio de dos mil catorce, en el extremo que declaro infundado el pedido de pago de horas extras así como su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios. con lo demás que contiene. **DECLARARON** que el criterio establecido en el Séptimo Considerando de la presente sentencia constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la interpretación que debe recibir el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002—TR. **ORDENARON** la publicación del texto de la presente Sentencia en el Diario Oficial “El Peruano” y en la Pagina Web del Poder Judicial. **NOTIFICARON** la presente Sentencia a la parte demandante, **O.A.F.L.**, y a la parte demandada, **Corporación Pesquera Inca S.A.C.**, sobre reintegro de beneficios sociales y los devolvieron.

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

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018?

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

Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018 ?

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

1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad.
2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.

El presente trabajo de investigación surgió de la problemática en la realidad social peruana, respecto a la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en las incompatibilidades normativas; en donde se evidencia que las Sentencias que emiten la

Corte Suprema, carecen de utilización de 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 que una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sea motivado, 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 de la Corte Suprema deben contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en las incompatibilidades normativas.

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 aplicación de técnicas de interpretación frente a incompatibilidades normativas y legales provenientes de la sentencia que emiten la Corte Suprema y de ésta forma resolver la interrogante establecida en nuestro enunciado.

II. REVISION DE LA LITERATURA

2.1. Antecedentes

Salcedo Ortega (2013) en Ecuador – Guayaquil, investigo : “*La Casacion Platónica*” y sus conclusiones fueron : 1. El derecho a una tutela judicial consagrado en la Constitución de la República de Ecuador, coincide con la necesidad de una justicia civil moderna, caracterizada por la efectividad y por el respeto supremo a los derechos humanos. La tutela judicial efectiva como garantía máxima de la administración de justicia, mantiene una estrecha relación con el recurso de casación, por tratarse este último del medio de impugnación supremo de la legislación civil, cuya competencia le corresponde al máximo órgano de justicia. 2. La efectividad de la tutela judicial civil en materia de casación, debe suponer un acercamiento de la justicia al agraviado, y aquello sólo es posible si se consigue depurar la existencia de óbices, impedimentos excesivos y trabas en el vigente procedimiento establecido en la Ley de Casación Civil, con el objetivo común de que en cada controversia los tribunales de casación se encuentren facultados para expedir decisiones enteramente justas. 3. No podríamos entender la finalidad del recurso de casación sin referirnos a su función nomofiláctica, o de defensa de la ley, para lo que originalmente desde los tiempos de la Revolución Francesa fue creada. La palabra nomofiláctico proviene de dos palabras griegas, nomo, que significa gobierno, regla o ley, y philasso que significa cuidar o guardar. 4. El deber de velar por la vigencia de nuestro ordenamiento legal le corresponde a nuestro máximo órgano de administración de Justicia, 212 representado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a través del recurso de casación. De ahí que podemos afirmar que la principal finalidad de la casación de naturaleza pública consiste en la defensa de la ley, esto es, velar por el irrestricto respeto al marco jurídico establecido, a través de un control jerárquico y jurídico sobre la actividad de los jueces de grado inferior. 5. La doctrina y la jurisprudencia identifican a la casación como un recurso extraordinario debido a su carácter excepcional. Para su admisibilidad, es necesario que primero se agoten los medios de impugnación ordinarios, esto es, el recurso vertical de apelación e incluso otros medios de impugnación horizontales, si fuere del caso. 6. Su excesivo formalismo revela otro motivo para considerar este recurso como extraordinario. La casación exige el cumplimiento de requisitos sustanciales y formales que ineludiblemente deben respetarse, so pena de ni siquiera resultar admitido o calificado el recurso. En esencia, la casación es un recurso portentoso puesto que se interpone

respecto de sentencias que han causado estado, o se han constituido en cosa juzgada, en virtud de que han sido expedidas por Tribunales ordinarios de última instancia. 7. Asimismo sostiene que la casación es un recurso extraordinario porque no implica un nuevo análisis de toda la controversia, sino únicamente el examen de la correcta aplicación de ley procesal y/o sustantiva efectuada por el Tribunal a-quo en su sentencia de última instancia. Tal examen en principio, sólo debe hacerse en función de las causales expresamente invocadas por el recurrente en su casación; no obstante, considera que tal limitación en algunos casos podría atentar contra el verdadero espíritu de la casación que consiste en fiscalizar la observancia de las leyes en las resoluciones judiciales, aún si el interesado o casacionista omitiese mencionar algún quebrantamiento de ley en su memorial de recurso. 8. La casación también tiene una finalidad de naturaleza privada, al procurar la reparación integral de los agravios que la sentencia impugnada le pudiese causar a la parte procesal recurrente. De hecho, en virtud de la iniciativa de la parte procesal afectada, como proponente o recurrente de la casación, es que las Salas de Casación pueden ejercer el control de la legalidad y la unificación de la jurisprudencia. 9. En la casación, en todo caso, prima el interés público por encima de los intereses de las partes procesales. La Casación, por tanto, vela más por la colectividad que por los que intervienen en el proceso, en virtud de que para la sociedad es de elemental importancia una correcta interpretación y aplicación de la ley en todos los procesos judiciales, tornándose esencial la uniformidad de la jurisprudencia como guía para todos los actos de la administración de justicia. 10. Nuestros legisladores instituyeron la casación civil con una fisonomía extremadamente formalista, lo que en no pocas ocasiones ha obstado que la casación cumpla cabalmente su rol de controlar la correcta observancia de las normas jurídicas. Una de las manifestaciones de ese desmedido ritualismo, radica en que nuestro actual régimen de casación civil condiciona el rango de actuación de nuestros tribunales, puesto que al momento de resolver un caso sólo pueden considerar aquellos aspectos jurídicos alegados por los agraviados en su casación, debiendo analizar únicamente las causales por ellos invocadas, sin que les sea permitido revisar de oficio otras infracciones no mencionadas por los impugnantes, por más notorias que del fallo aparezcan. 11. El Ecuador contempla un modelo mixto de casación, en virtud de que el trámite del recurso es breve en teoría expedito, y engloba como causales tanto los vicios In Iudicando, como los vicios In Procedendo. 12. Ecuador está regido además por un sistema de casación civil cerrado, pues las causales de casación están concretamente enumeradas en el artículo 3 de la Ley de Casación, en forma expresa, taxativa o si se quiere limitada. Por tanto, nuestro

sistema de casación es también definido por la doctrina como sistema *numerus clausus*, por cuanto la casación sólo puede fundarse en aquellas causas previstas en la Ley de la materia. 13. La Ley de Casación, coherente con su finalidad uniformadora, reconoce la trascendencia de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho, protegiendo la fuerza vinculante que tienen los fallos reiterados para los tribunales y jueces de instancia. Por tanto, en el Ecuador los jueces de instancia no pueden desconocer casos análogos fallados por la Corte Nacional, lo que en doctrina toma el nombre de precedente vertical, como tampoco pueden desconocer sus propios precedentes, escenario que en la doctrina ha tomado el nombre de precedente horizontal. 14. Existen razones de consideración jurídica profunda que nos permiten respaldar la necesidad de una modernización en nuestra vigente Ley de casación civil ecuatoriana, dirigida a establecer la figura de la casación de oficio conocida como casación platónica, entre ellas, la efectiva vigencia del principio de igualdad legal, y luego, consideraciones de interés público, toda vez que el Estado no es indiferente a la solución de controversias judiciales. 15. En un Estado moderno, constituye un interés público la labor de administrar justicia, y la única vía segura para alcanzar dicho propósito es el establecimiento de la verdad de la controversia. Por ello, el juez debe contar con suficientes poderes jurisdiccionales, para pronunciarse aún de oficio sobre la verdad del proceso con miras a un interés superior de justicia, sin importar si suple o no la incuria o inactividad voluntaria o involuntaria de las partes. 16. Sostenemos que dicha facultad oficiosa de los tribunales de casación, debe aplicarse tanto para errores *in procedendo*, como para errores *in iudicando*, aunque en ambos casos no debe aplicarse la misma regla, y en cada uno de ellos deben exigirse requisitos diferentes para el ejercicio de la casación platónica, en razón de su distinta naturaleza. En lo que respecta a los vicios *in procedendo*, la infracción de ley debe atentar contra el orden público, aunque tales vicios no hayan sido denunciados en el escrito de casación. 17. Resultaría un despropósito o una contradicción si se quiere, no extender a la casación platónica la nulidad de sentencias por vulneración del *ius constitutionis*. Nuestra Corte Nacional de Justicia, tiene como principal presupuesto la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, esto es, siempre con atención preferente a la tutela de los derechos constitucionales, preservando el respeto de los principios y valores consagrados en la carta magna. 18. En el derecho de casación civil las “medidas para mejor resolver” se traducen en la necesidad de poner un remedio a las deficientes interposiciones en que puede incurrir cualquiera de las partes, respecto de un recurso eminentemente técnico. No obstante, para el manejo de estas medidas, es

imprescindible que los jueces de casación comprendan cuál es el propósito de este medio de impugnación extraordinario, y cuál es su importancia, a fin de utilizar tales medidas en estricto provecho de la verdad procesal y de la justicia, y no convertir dichas medidas en un instrumento de abuso, en detrimento de expresas garantías constitucionales. 19. Las medidas para mejor resolver, o capacidad para resolver de oficio en tratándose de la casación, aparecen como una fórmula, o receta, para suplir de alguna manera la negligente actuación del recurrente, cuando su recurso de casación no está dirigido a procurar una sentencia justa. Constituye un buen método, para que la consciencia del juzgador se vea libre de remordimientos, ante eventuales injusticias, generadas como consecuencia del excesivo rigor formalista que reviste el derecho de casación civil. 20. La potestad de casar de oficio como medida para mejor resolver, no constituye un acto sujeto a la simple voluntariedad de los tribunales de casación, es mucho más que un simple compromiso, y lo entendemos en primer orden como una obligación de los tribunales casar ex officio cuando se detectan infracciones graves, como una necesidad para una correcta o adecuada administración de justicia. 21. Obrar de oficio en casación civil no debería ser, en realidad, una mera facultad del tribunal, sino un deber. Constituye una facultad teleológica, en todo caso, de carácter insoslayable. Su objetivo consiste en procurar el restablecimiento de la justicia, mediante la adecuada aplicación en los fallos judiciales de la ley, evitando la impunidad de transgresiones no denunciadas por los recurrentes, contribuyendo con ello al orden y a la seguridad jurídica. 22. Tampoco podemos desconocer la relación que encontramos entre la necesidad de casar de oficio como medida para mejor resolver y el principio Iura Novit Curia, que se caracteriza por el deber del juez de suplir las omisiones en derecho en que hubieren incurrido las partes. Sin duda, en nuestro esquema de casación platónica o de oficio, al tribunal de casación le corresponde suplir omisiones en derecho incurridas por el recurrente en su casación, lo que concuerda con el espíritu del Iura Novit Curia, y esa debe ser la intención del legislador al establecerlo, por la necesidad de arribar a la verdad objetiva de la controversia. 23. Para asegurar que esta garantía se cumpla sin excesos sin afectar el derecho a la defensa de las partes, ni violentar el debido proceso, la posibilidad de casar de oficio debe contener límites. En este sentido, creemos que para casar de oficio por defectos in procedendo, la decisión impugnada debe desconocer disposiciones de orden público o normas constitucionales, a pesar de no haber sido denunciadas por el recurrente en su casación. En cuanto a vulneraciones in iudicando, la facultad officiosa que proponemos contiene límites más marcados, pues se requiere que el recurso no haya sido técnicamente bien planteado, pero la infracción de ley debe ser tan

incuestionable y grave, que el tribunal debe optar por casar de todas maneras el fallo de oficio, en consideración a que en condiciones normales el recurso no debería ser admitido a trámite, siempre que no se funde la resolución de casación en violaciones no alegadas por el agraviado. 24. En nuestra legislación los tribunales y jueces tienen el deber de rehusarse a aplicar las reglas de la congruencia cuando comprueban que de hacerlo, podrían vulnerarse derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Si esa es la corriente que mantienen nuestras modernas normas orgánicas y procesales, se deberían también promover cambios legales en ese mismo sentido en nuestra ley de casación civil. 25. Si actualmente nuestra legislación permite, merced al prodigioso artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que un juez resuelva “extra petita” una determinada controversia, soslayando el mismísimo principio de la congruencia en casos extraordinarios, esto es, si en caso de no hacerlo se pondría en riesgo la posibilidad de vulneración de algún derecho constitucional, porqué no impulsar cambios positivos de similares características en nuestro sistema de casación civil..? 26. Creemos que la casación de oficio como medida para mejor resolver, supera aquella visión superlativamente privatista de nuestro actual sistema, en el que impera el interés particular por sobre el colectivo, y que además es proclive a egoísmos procesales, porque su actual regulación propende a que las partes únicamente aleguen en sus memoriales de casación aquellas infracciones contrarias a sus intereses, y no todas las vulneraciones legales que puedan afectar un fallo, convirtiéndose en un contrapunto de la buena fe, la equidad y la justicia. 27. Resulta naturalmente lógico, que si la casación de oficio como medida para mejor resolver tiene por finalidad arribar a la verdad procesal, indudablemente que este mecanismo constituye un instrumento de enorme valía para prevenir y alcanzar la tan anhelada seguridad y certeza jurídica. 28. La recta administración de justicia aspira al “establecimiento de la verdad” como una exigencia de interés público. Ciertamente existe un elemental interés de la colectividad en que cada decisión judicial sea justa, y se acerque en lo posible a la verdadera relación jurídica. El punto es, que desde nuestra óptica, la casación civil ecuatoriana recibe una importante influencia del principio dispositivo, entendido como aquél que recomienda la suerte de un resultado judicial a la voluntad de las partes, lo que en muchas ocasiones opaca la certeza de las decisiones adoptadas. 29. Sin duda que la vigencia del principio dispositivo en nuestro régimen de casación civil es necesario, pues no de otro modo podría el tribunal de casación conocer y resolver un asunto, sino fuera porque los únicos legitimados para interponer el recurso son los propios litigantes, cuando consideran que han sufrido un

gravamen o perjuicio en la sentencia que impugnan. Pero no por ello debemos aceptar, que si una infracción en la sentencia es tan notoria al punto de quebrantar el orden constitucional, los Magistrados de casación deban estar excluidos de corregir o anular tal transgresión, por el sólo hecho de que el o los recurrentes omitieron denunciar tal violación. 30. Corresponde al Tribunal de Casación atender y satisfacer el deber de sanear tales transgresiones esenciales aún cuando no hayan sido mencionadas ni impugnadas en el escrito de casación, para que pueda imperar un efectivo control de legalidad y una correcta función unificadora de jurisprudencia. Luego, la casación platónica también actúa para sancionar la “incuria”, la “negligencia” o la “impericia” de los recurrentes; así como la “insuficiencia” de los recursos de casación interpuestos por las partes. Las exigencias de la justicia actual impone a los juzgadores el ejercicio pleno de poderes procesales medidas para mejor resolver-, con los límites y la prudencia de no lesionar las garantías de defensa de las partes, ni los valores o principios constitucionales supremos. 31. La iniciativa oficiosa de los tribunales de casación, no afecta la libertad, ni la voluntad de los litigantes para interponer y fundamentar su recurso. Simplemente como una medida para mejor resolver, el juez coadyuva a las partes en la búsqueda de la verdad, como fin último de la justicia. En realidad, la libertad de los litigantes para impugnar y recurrir un fallo que les causa agravios se mantiene incólume o si se quiere indemne, no queda afectada en lo más mínimo. 32. Cuando un tribunal de casación decide resolver una decisión en base a criterios no solicitados ni pretendidos por los impugnantes en su recurso, no es para favorecer o perjudicar a una de las partes, sino para salvaguardar la seguridad jurídica, cumpliendo su misión reparadora del derecho, y evitando además atropellos al orden constitucional. 33. Por lo tanto, la casación de una sentencia civil debe operar, aún de oficio, si se produce alguna vulneración de norma jurídica stricto sensu siempre que sea esencialmente grave, o afecte el orden público o la Constitución de la República en cualquiera de las tres formas que menciona nuestra ley de casación: la negativa a aplicarla, la errada aplicación y la equivocada interpretación. 34. La necesidad de que prevalezca la competencia, o la motivación de las resoluciones judiciales, etcétera, bien pueden ser objeto de una casación civil platónica. 36. En el Ecuador la valoración de los elementos probatorios y las conclusiones a que ha llegado el juzgador sobre dicha valoración no son cuestionables mediante la casación civil, debido a que se trata de una facultad propia de los órganos de instancia, sin embargo, el mecanismo lógico que el juez de instancia utiliza para emitir su decisión, si es objeto de control mediante el recurso de casación. Es decir, la casación civil debe operar aún de oficio cuando exista una incoherencia o contradicción

entre la fundamentación de un fallo y la parte dispositiva de una sentencia. 37. En la actualidad, la mayoría de los recursos de casación interpuestos en el Ecuador son rechazados in limine, esto es, en el acto inicial del procedimiento casatorio. Por ello, en la práctica hemos comprobado que el exceso de requerimientos en la interposición del recurso de casación, en la mayoría de los casos representan un óbice, un obstáculo, o en definitiva un estorbo, para que el instituto cumpla con su finalidad nomofiláctica, impidiendo que el máximo órgano jurisdiccional resuelva el aspecto de fondo del recurso. 38. Debido a la elevada misión jurisdiccional de nuestros magistrados de Corte Nacional, no nos aventuramos a recomendar la desformalización del recurso, ni tampoco a sugerir la simplificación de los mismos, pero tampoco podemos permitir “que la justicia se siga sacrificando por la sola omisión de formalidades” en abierta violación del artículo 169 de nuestra Constitución de la República. Por ello, creemos pertinente la instauración en el Ecuador del instituto de casación platónica, con capacidad para resolver también aspectos de fondo. 39. Entre las principales razones que anotamos como sustento de la casación de oficio por cuestiones de fondo mencionamos las siguientes: a) La necesidad de mejorar la efectiva tutela del servicio de administración de justicia; b) Restaurar la vigencia del principio de igualdad legal para las partes; y, c) Precautelar el interés social, como fundamento de orden público, en virtud de que el Estado no es ajeno a la solución de las controversias judiciales. 40. Desde el punto de vista del interés público de la casación, la instauración de la institución en comento permitirá afianzar la defensa de la ley, manteniendo la integridad del orden jurídico, salvaguardando la correcta aplicación de la ley a los fallos judiciales. Respecto al interés privado de la casación civil, la casación platónica permitirá a las partes enmendar los agravios que hayan sufrido, mediante un servicio de justicia proactivo, más eficiente y más equitativo. 41. Lo que determina la procedencia de la casación civil de oficio, por errores in iudicando, es el carácter de decisoria litis de la norma infringida, esto es, que sea de aquellas con arreglo a las cuales debe fallarse el juicio, porque sólo ellas pueden influir de un modo substancial en lo dispositivo del fallo. 42. La Corte de casación debe descifrar, si la infracción de ley que quedaría impune por los defectos formales de la interposición del recurso, es tolerable en el aspecto social, y en el aspecto jurídico; debe desentrañar si al no obrar de oficio, se consumaría una injusticia evidente o subsistiría un pésimo precedente. 43. Creemos que si la Corte Nacional va a casar de oficio por cuestiones de fondo, es naturalmente lógico que el fundamento del recurso de casación - aunque esté defectuoso- se refiera a errores in iudicando que hayan atentado contra la decisión de mérito, pues si el impugnante

solamente funda su casación en aspectos de forma, no podría la Corte de Casación hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. 44. En consecuencia, la Corte Nacional podrá casar de oficio una sentencia por errores in iudicando, pero no podrá alterar: a) Aquella parte de la sentencia que el recurrente no impugnó; y, b) Ni los fundamentos, o expresión de motivos, esgrimidos por el agraviado en su casación, respecto de aquél fragmento de la sentencia que sí fue impugnada. 45. Mantenemos la opinión de que la infracción de ley denunciada por el agraviado en su inconsistente escrito de interposición- influya directamente en la decisión de la causa. Es decir, lo que amerita la medida extrema para mejor resolver, es la transgresión del orden jurídico, pero “siempre que” esta infracción influya substancialmente en la resolución de la sentencia. 46. Creemos que, en ciertos casos, la falta de fundamentación del recurso de casación podría ser subsanable, siempre que a pesar de una inadecuada proposición del recurso, la Corte de Casación pueda determinar sin mayor dificultad el grado de influencia de la infracción de ley. En estos casos, consideramos que la Corte podría ejercer la facultad oficiosa por aspectos de fondo, como mecanismo de mejor resolver. 47. Cuando indicamos que el error in iudicando debe influir en la decisión de la causa, nos referimos a aquella parte de la sentencia que identificamos como resolutive o dispositiva. Generalmente, el error in iudicando se presenta en la parte considerativa del fallo, porque es en este fragmento de la sentencia donde se da la conexión íntima y necesaria con la parte dispositiva, formando con la parte resolutive un todo inseparable. 48. Es importante destacar, que si la Corte Nacional en un futuro próximo tuviera la facultad de casar de oficio, desde ningún punto de vista aquello equivaldría a una potestad arbitraria, pues si de la propia ley germina tal imperio, al ser otorgado por el derecho representaría un ejercicio legítimo. Tal libertad para casar de oficio, sería confiada nada menos que por y para el servicio del derecho. Por lo demás, recuérdese que esta facultad no se confiaría a cualquier tribunal sino a la Corte Nacional, el máximo tribunal de justicia en el Ecuador, tanto en jerarquía académica, como por la experiencia que debe distinguir a sus miembros. 49. La Casación Platónica se inspira y se dirige en forma absoluta al interés de los justiciables, y de manera particular al interés de la sociedad entera. Se orienta a la creación de una doctrina jurisprudencial más atinada y acertada, como guía para la aplicación e interpretación de las normas sustantivas y procesales, en términos de contribuir a la seguridad jurídica de la nación, mediante una oportuna evolución de la jurisprudencia.

En Perú, Núñez (2012), 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 predeterminar cuáles deben cumplirse sobre otros. Si la casación busca la exacta observancia de la ley, encuentra dificultad en los principios, puesto que en la legislación no se pueden establecer (en abstracto) qué principios deben primar sobre otros. La casación no puede pregonar la exacta observancia de principios ya que la determinación del peso de los principios se determinará en cada caso concreto a la luz del razonamiento práctico de los hechos. La casación clásica buscaba la exacta observancia de la literalidad de la ley, sin embargo debemos apreciar que, de las modernas formas de interpretación, podemos hacer la distinción entre la disposición normativa (texto) y el contenido normativo (significado). 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 exceptuaba su aplicación. Ello hace entonces imposible que las normas funcionen bajo

una lógica monotónica. 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 si 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 deben 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.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El papel del Juez en el Estado de Derecho.

2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado Legislativo de Derecho.

Desde el punto de vista de Weber (citado por Gascón & García, 2003) afirma 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 y per leges de la : el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece –dice Weber- “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”. (pp. 15-16)

2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho.

Desde el punto de vista de Weber (citado por Gascón & García, 2003) afirma que:

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)

Desde el punto de vista de Weber (citado por Gascón & García, 2003) afirma que:

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

El Estado constitucional de derecho es la orientación del estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y

en los términos establecidos en la constitución. El reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentemente las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. (p. 23)

2.2.2. Incompatibilidad Normativa.

2.2.2.1. Conceptos.

La incompatibilidad normativa es aquel conflicto normativo o entre normas que se contraponen, ya sea por su validez formal o material de la misma. En tal sentido, la incompatibilidad normativa se evidencia cuando existe una norma que prohíbe lo que otra norma permite, razón por lo cual el magistrado o juzgador deberá de resolver el conflicto normativo a través de la interpretación de la norma, empleando para ello la argumentación y las técnicas de interpretación. (Jurídica, Vocabulario del Uso Judicial., 2007). (p. 291).

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

2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa.

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

2.2.2.3. *La exclusión.*

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

2.2.2.3.1. *Criterios de validez de la norma.*

Al respecto Castillo Calle (2012) afirma:

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

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

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

La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma en un ordenamiento, en otras palabras; es el fundamento de validez de todas las normas del sistema. Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento, por lo que debemos de señalar que no existirá ordenamiento jurídico sin norma fundamental. (p. 7).

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

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

A. Validez formal

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

B. Validez material

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

2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas.

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

A. Grada superior

Se encuentra constituido por:

➤ **Normas Constitucionales:**

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

➤ **Sentencias del Tribunal Constitucional:**

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

B. Grada intermedia

Se encuentra constituido por:

➤ **Normas con rango de ley:**

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

- a) Leyes orgánicas.
- b) Leyes ordinarias.
- c) Resoluciones legislativas.
- d) Reglamento del congreso.
- e) Decretos legislativos.
- f) Decretos de urgencia.
- g) Tratados internaciones.
- h) Normas regionales de carácter general.
- i) Ordenanzas municipales.
- j) Los decretos-leyes. (pp. 276-278)

➤ **Decretos:**

Conformado por:

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

➤ **Resoluciones:**

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

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

Conformado por:

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

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

C. Grada inferior

Conformada por:

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

2.2.2.3.3. *Las normas legales.*

A. Las normas

Desde la posición de Sanchez-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)

B. Clasificación de las normas

Desde la posición Sanchez-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)

C. Normas de derecho objetivo

Desde la posición de Sanchez 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).

D. Normas procesales

Siguiendo al mismo autor:

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

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

2.2.2.3.4. *Antinomias.*

A. Conceptos

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)

B. 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.

C. 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, no es la incompatibilidad “lógica” (que daría lugar a las “antinomias en sentido propio” o “propriadamente dichas”, por un lado, a la cual se contraponen la incompatibilidad “teleológica”, “axiológica”, y de “principio” (que daría lugar, en cambio a las “antinomias improprias”) 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)

D. Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas

A juicio de 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)

E. Las Antinomias como incompatibilidades no lógicas

Chiassoni (2010) afirma : 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)

F. 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. Chiassoni (2010) refiere en relación a lo manifestado, lo siguiente:

Antinomias entre normas explícitas.- Por definición, cada una de las 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)

G. 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)

2.2.2.4. La colisión.

2.2.2.4.1. Concepto.

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

2.2.2.4.2. Control Difuso.

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)

A. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo el análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona. (STC. Exp. N° 0010-2002-AI/TC de fecha 03.01.2003)

B. 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.

➤ **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).

➤ **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.

2.2.2.4.3. *Test de proporcionalidad.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de octubre de 2005 en el Exp. N° 0045-2004-PI-TC sobre Proceso de Inconstitucionalidad, configuró finalmente el test de proporcionalidad, indicando:

Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres sub principios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

A. Concepto

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

B. Pasos del test de proporcionalidad

La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0027-2006-AI/TC emitida el 01 de febrero de 2010 señala lo siguiente:

52. Sobre la base del test de razonabilidad o proporcionalidad [STC 0027-2006-AI/TC], este Colegiado considera pertinente aplicar el test de igualdad, a través de **seis pasos: verificación de la diferenciación legislativa** (juicio de racionalidad); **determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad; verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación; examen de idoneidad; examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto** [STC 0004-2006-PI/TC]. (Exp. N° 0003-2008-PI-TC)

➤ **Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación:**

Este primer paso está vinculado a los problemas de desigualdad y discriminación. Debería ser utilizado cada vez que se trata de ellos y no debería serlo si se trata de derechos distintos. Este primer paso tiene que ver con el siguiente dilema: en general, si dos situaciones de hecho son iguales, tienen que recibir tratamiento distinto. Lo cual se indicó en la (STC. Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC:)

11. El principio de igualdad en el Estado Constitucional exige (...) “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole.

➤ **Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad:**

La intensidad de la intervención fue tratada con extensión, inicialmente, en la siguiente sentencia:

32. “Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave,
- Intensidad media,
- Intensidad leve.

-

a) Una intervención es de **intensidad grave** cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de **intensidad media** cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de **intensidad leve** cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia

el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional. (STC. Exp. 0045-2004-PI-TC de fecha 29.10.2005)

➤ **Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin):**

La diferenciación debe sustentarse en una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva o razonable, de acuerdo con ciertos juicios de valor generalmente aceptados. Es por ello que no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato cuando este se basa en supuestos de hecho o situaciones abiertamente subjetivas (STC. Exp. 0018-2003-AI-TC de fecha 26.04.2006)

➤ **Examen de idoneidad:**

Es el cuarto paso del test de proporcionalidad. En algunas oportunidades el Tribunal Constitucional comienza por él como primer paso; cuando lo hace, tiene que improvisar el análisis descriptivo del fin buscado (tercer paso del test) porque no lo ha hecho específicamente antes. (STC N° 0045-2004-TC, Fundamento 33, emitida el 29.10.2005)

El examen de idoneidad supone la “legitimidad constitucional del objetivo y, la suficiencia de la medida utilizada”, en tal sentido se aplica a todo estudio de injerencia en los derechos constitucionales, no solo a los casos relativos al derecho de igualdad; además el fin que se busque con la diferenciación debe ser constitucionalmente legítimo, es decir “hay que probar la conexión entre la

intervención en el derecho como causa y el cumplimiento del fin propuesto como efecto de aquella”. (pp. 62-63)

➤ **Examen de necesidad:**

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

➤ **Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación:**

40. Proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización de fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad.

La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a esta: “Cuando mayor es el grado de la o satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (Exp. N° 0045-2004-PI-TC)

2.2.3. Técnicas de interpretación.

2.2.3.1. Concepto.

Las técnicas de interpretación son 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.

2.2.3.2. La interpretación jurídica.

2.2.3.2.1. Conceptos.

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

Rubio Correa (2012) sostiene:

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

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

2.2.3.2.2. La interpretación en base a sujetos.

Gaceta Juridica (2004, pp. 47-48) 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.

Siguiendo al mismo autor:

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

B. Doctrinal

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

Esta interpretación no tiene la obligatoriedad de la interpretación auténtica o judicial, pro cumple la función de desarrollar el Derecho imprimiéndole una lógica y coherencia interna necesaria, dotándole para ello de una sólida nacionalidad y una base científica amplia. Tiende a ser más flexible que la judicial; y también más sistemática, general y unitaria. (pp. 54-55)

C. 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)

2.2.3.2.3. La interpretación en base a resultados.

En opinión de Gaceta Jurídica (2004):

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

A. Restrictiva

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

B. Extensiva

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

C. Declarativa

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

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

D. Pragmática

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

2.2.3.2.4. *La interpretación en base a medios.*

A. Literal

Llamado también gramatical o filológico, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Este fue el método propio de los glosadores, que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras. (Torres, 2006, p. 552)

B. Lógico – Sistemático

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

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

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

C. Histórico

El intérprete debe indagar no solo la voluntad del creador de la norma, sino en especial la voluntad objetiva de ella que lo conduzca a encontrar la solución justa. De esto se

deduce que la interpretación histórica se divide en una investigación sobre el origen histórico de las normas y en una investigación sobre la evolución histórica del contenido de las normas. (Torres, 2006, p. 567)

D. Teleológico

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

Con el criterio teleológico de interpretación se propende a la realización de los principios ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. Estos principios tienen una configuración distinta en la regulación de cada sector de la realidad social. (Torres, 2006, p. 574)

2.2.3.3. Integración jurídica.

2.2.3.3.1. Conceptos.

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

2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica.

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

2.2.3.3.3. *Principios generales.*

A. Conceptos

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

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

B. Funciones

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

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

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

➤ **Función interpretativa:**

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

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

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

2.2.3.3.4. *Laguna de ley.*

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

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

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

2.2.3.3.5. *Argumentos de interpretación.*

Rubio Correa (2012) sostiene:

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

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

Los argumentos de interpretación jurídica se clasifican en:

A. Argumento a pari

Siguiendo al mismo autor:

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

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

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

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

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

B. 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, M.A., 2012)

C. 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)

D. Argumento a fortiori

Se llama así, a aquel argumento que establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, a que otro tiene mayores calidades para realizar tal acto o tomar tal decisión, también puede, o debe, hacerlo. Es un argumento de 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)

E. 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)

2.2.3.4. Argumentación jurídica.

2.2.3.4.1. Concepto.

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

2.2.3.4.2. *Vicios en la argumentación.*

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

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

- 1) Respecto a la primera menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.
- 2) De las razones irrelevantes; cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar ad ignorantiam, en apelar al pueblo, etc.
- 3) Las falacias debidas a razones defectuosas; se presenta cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica, sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.
- 4) Las falacias debidas a suposiciones no garantizadas; se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.
- 5) Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división). (Atienza, citado por Meza, s.f., p. 107)

2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes.

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

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

A. Premisas

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

➤ **Premisa mayor:**

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

➤ **Premisa menor:**

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

B. Inferencia

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

➤ **En cascada:**

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

➤ **En paralelo:**

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

➤ **Dual:**

En algunos casos las resoluciones proponen varias consecuencias en un mismo cuerpo resolutivo; una derivadas y, por tanto, en secuencia, y otras complementarias, es decir, en paralelo. Por ello podemos afirmar que nos encontramos en un caso de dualidad de tipo conclusivo. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia casatoria que resuelve fundado el recuso y nula la sentencia de vista y, además, ordena que el órgano jurisdiccional emita nuevo pronunciamiento con arreglo a ley. (Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC. Ley 26435. Citado por (Gaceta Jurídica, 2004, p. 218)

C. Conclusión

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

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

➤ **Conclusión única:**

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

➤ **Conclusión múltiple:**

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

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

2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto.

Éstos se dividen en:

A. Principios

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

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

➤ **Principio de Coherencia Normativa:**

El derecho debe buscar que sus diferentes normas sean coherentes y armónicas entre sí. Como indica la sentencia citada, dos son los elementos:

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

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

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

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

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

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

Por lo que respecta al principio de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio, el Tribunal Constitucional considera que no resultan afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del principio iura novit curia en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 14 de agosto de 2003 en el exp_0905_2001_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de

Ahorro y Crédito de San Martín contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando Moncada).

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

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

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

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

➤ **Principio de Corrección Funcional:**

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

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

Es identificado por el Tribunal Constitucional en el artículo 1 de la Constitución.

Sobre este dispositivo, el Tribunal ha dicho lo siguiente:

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

sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del decreto de urgencia 140-2001).

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

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

El principio de eficacia integradora siempre busca la coherencia interpretativa, no solo de la ley en cuanto tal sino también de la Constitución y la ley en relación con la sociedad en cuyas actividades están participando las personas. Es, por tanto, un principio metodológico referido a la forma de hacer la interpretación: es preciso concordar las normas que contienen principios y reglas similares, así como todas ellas con la realidad, y con las atribuciones de los órganos del Estado, para integrar de la mejor manera su significado interpretativo, y aplicarlo a las conductas y al cumplimiento de las competencias públicas.

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

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

➤ **Principio de Igualdad:**

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

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

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

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37 y siguientes del decreto legislativo 560 Ley del Poder Ejecutivo, además de lo dispuesto por otras leyes. (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de octubre de 2003 en el exp_0005_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 64 congresistas de la República, representados por el congresista Yonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1, 2,3, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la ley 26285).

➤ **Principio de Jurisdiccionalidad:**

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

➤ **Principio de la Cosa Juzgada:**

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

➤ **Principio de la Tutela Jurisdiccional:**

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

➤ **Principios de razonabilidad y proporcionalidad:**

Ambos principios fueron establecidos expresamente en la parte final del artículo 200 de la Constitución, a propósito de la suspensión del hábeas corpus y del amparo en periodos de estado de excepción.

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

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

➤ **Principio del Debido Proceso:**

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

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

El concepto de Estado social y democrático de Derecho es consustancial a la teoría contemporánea del Estado y tiene un extremo desarrollado en ella. El Estado social y democrático no es una cosa que existe, por el contrario, está en continuo hacerse: solo existe si en cada circunstancia funciona como tal.

B. Reglas

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

C. Cuestión de principios

Refiere (García, 2003) “tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios, categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, paremias, máximas, aforismos, etc.” (p. 217). Desde luego, entre todos ellos los principios gozan de particular atención. Esta circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión “principio jurídico” ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia.

En los últimos años, “los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico.

Esta doble dimensión que presentan los principios les convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación (...), sosteniendo que la discreción judicial comienza donde termina el Derecho”. García (p. 218). Empero, entre teoría del Derecho y TAJ existe interdependencia, en donde algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado “el Derecho como argumentación”.

➤ **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:

a) ***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.

b) ***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.

c) ***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.

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)

➤ **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.

➤ **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.

2.2.3.4.5. *Argumentos interpretativos.*

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

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

A. Argumento a sedes materiae

Este argumento postula la atribución o el rechazo del significado de un dispositivo o enunciado legal a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. Desde esta perspectiva, la ubicación topográfica de una determinada disposición debe ser tomada en cuenta por el intérprete, dado que proporciona información sobre su contenido.

Por lo que para ésta clase de argumento, la agrupación de los artículos en capítulos, títulos y secciones responde a que comparten ciertas características o principios comunes que son de ayuda para la labor interpretativa. Fundamentándose en la idea de que las disposiciones legales se encuentran racionalmente sistematizadas.

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

B. Argumento a rúbrica

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

C. Argumento de la coherencia

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

D. Argumento teleológico

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

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

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

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

E. Argumento histórico

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

F. Argumento psicológico

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

G. Argumento apagógico

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

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

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

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

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

H. Argumento de autoridad

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

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

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

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

I. Argumento analógico

El argumento analógico, a pari, o a simili justifica atribuir una consecuencia jurídica prevista para un determinado supuesto de hecho, a otro supuesto de hecho no contemplado en la norma y no regulado en otra, pero que guarda con el supuesto de hecho regulado una semejanza esencial.

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

Las analogías solo requieren similitudes relevantes, asimismo la analogía no puede prosperar cuando en vez de haber una semejanza relevante lo que existe es una diferencia esencial entre los casos.

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

J. Argumento a fortiori

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

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

Los elementos del argumento a fortiori son los siguientes:

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

Características del Argumento a fortiori:

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

K. Argumento a partir de principios

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

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

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

L. Argumento económico

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

2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica.

A. Necesidad de Justificación en el Derecho

Gascón & García (2003) indican:

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

B. Argumentación que estudia la TAJ

Desde la posición de 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)

C. Teorías de la Argumentación Jurídica

Según Gascón & García (2003) sostiene:

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)

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

2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial.

A. 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,

conlleve a ser menos cuestionables utilizando y aplicando los contenidos de un correcto razonamiento judicial.

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

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

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

2.2.4. Derecho a la debida motivación.

2.2.4.1. Importancia a la debida motivación.

Si el juez cumple con motivar su decisión, en realidad trasciende en la decisión final cómo ha argumentado la decisión, en qué medida ha construido adecuadamente sus argumentos, cuáles tipos de argumentos ha utilizado, cuál es la concepción interpretativa que subyace en la posición que adopta para resolver la controversia jurídica, si ha respetado los estándares de justificación interna y por tanto, si ha sido la lógica no solo formal sino material uno de los elementos relevantes de la decisión, y si por otro lado, ha considerado una buena justificación externa, traducida en una conveniente corrección material de las premisas adoptadas.

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

2.2.4.2. 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) que 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)

2.2.5. Derechos fundamentales

2.2.5.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales.

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

2.2.5.2. Conceptos.

A juicio de Mazzaresse (2010) sostiene : que los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente porque son la afirmación de valores y/o los medios necesarios para su realización y tutela, adquieren ellos mismos una intrínseca connotación

axiológica, pero es independiente tanto de las diversas concepciones sobre su eventual fundamento último, como la opción por una posible denominación distinta de los mismos (derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos o derechos constitucionales).

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

2.2.5.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho.

Según el autor Mazzaresse (2010) sostiene:

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

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

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

2.2.5.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho.

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 redifinición de las modalidades procedimentales y el *segundo perfil* es su papel en la resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias. El primero de ellos es el de los derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho.

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

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

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

Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho.- Señala Mazzaresse (2010) que no menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales

tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia:

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

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

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

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

2.2.5.5. Derechos fundamentales y razonamiento judicial.

Es difícil negar el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la resolución de una misma controversia, siendo innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de

Derecho, la invasividad de su papel en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción.

2.2.5.5.1. 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) afirma:

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.

2.2.5.5.2. 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)

2.2.5.6. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos y por lo tanto gozan de una especial relevancia que los destaca por encima de los otros derechos subjetivos y que se diferencian por tener características exclusivas, tales como: a) Son derechos imprescriptibles: no se adquieren, ni pierden por el transcurso del tiempo. b) Son derechos irrenunciables: el sujeto de derechos fundamentales no puede renunciar a su titularidad. c) Son derechos inalienables: no se pueden transferir a otro titular, a diferencia de otros derechos. d) Son derechos universales: todas las personas son titulares de derechos fundamentales.

En el caso en estudio referente al personal de confianza que no se encuentre sujeto a fiscalización de su horario de trabajo, no tiene derecho al pago de horas extras los derechos fundamentales vulnerados fueron:

A. DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.

El artículo 1º de la Constitución dispone: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

La igualdad es el fundamento del principio tuitivo del Derecho laboral. Pero no solo lo es la igualdad, sino también la dignidad, el otro gran valor o meta principio de los derechos humanos, lo que coloca al Derecho del trabajo en el tronco mismo del sistema de derechos fundamentales. En efecto, todos los derechos humanos se basan en los valores de igualdad y dignidad, mientras que la tutela laboral procura entre otros objetivos, preservar la dignidad del trabajador. El de dignidad es un concepto antiguo que proviene de la filosofía griega y en especial de los estoicos, pasando por el cristianismo y por Kant, para desembocar en el Preámbulo de la Declaración Universal de los derechos humanos de la ONU (1948), de conformidad con el cual, “la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana”

Trátase, según ha expresado el Tribunal Constitucional español, de la estima que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su derecho a vivir una vida digna. Incluye, por tanto, el derecho a condiciones mínimas de existencia que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico. Y en el mundo del trabajo, el derecho a tener una vida digna depende del hecho de poseer un trabajo decente o digno. Pero además, la dignidad es hoy un valor muy próximo al de igualdad. Hoy no hay dignidad sin igualdad. En efecto, si todos somos iguales, todos debemos gozar de los derechos esenciales a la dignidad. Así, actualmente, la igualdad forma parte de la dignidad; forma parte del contenido esencial de la dignidad; la igualdad es condición de la dignidad.

Sin embargo en la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni

desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral.» (Exp. 1124-2001- AA/TC, Fundamento 7, 2001)

B. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION EN EL TRABAJO

El artículo 26 °, inciso 1.º de la Constitución dispone que en la relación laboral se debe respetar la igualdad de oportunidades sin discriminación. La igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación por ningún motivo, a no ser tratada de manera distinta de quienes tienen una misma condición, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano.

El empleador está obligado en virtud de la relación laboral a dar un trato igualitario a los trabajadores y, en consecuencia, no puede arbitrariamente o sin la existencia de una causa justificada, dar un trato desigual a trabajadores que se encuentren en una situación similar, en razón, por ejemplo, la naturaleza de los servicios prestados. El principio de igualdad de trato presupone siempre una actuación colectiva del empleador, esto es, una actuación frente a un grupo de trabajadores. Atendido, en todo caso, que es permitido al empleador en virtud del principio de libertad contractual dar un trato más beneficioso a un trabajador en particular, debido, por ejemplo, de su mayor capacitación o aptitud profesional, debe entenderse que el principio de igualdad de trato excluye sólo conductas arbitrarias o sin causa justificada, que afecten y perjudiquen a un trabajador frente a otros en situación comparable. El trabajador, por su parte, no puede en virtud del principio de igualdad de trato oponerse a que el empleador confiera mejores condiciones de trabajo a otro trabajador, sino sólo fundar una pretensión basado en este principio si ha sido arbitrariamente o injustificadamente excluido de la aplicación de una regla general impuesta por el empleador y a consecuencia de ello se ve perjudicado (Münchener Kommentar, 2000)

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. (...) La igualdad de oportunidades en estricto,

igualdad de trato obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.» (Exp.N°008-2005-PI/TC, Fundamento 23, 2005)

Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución 23. El artículo 26.º, inciso 2.º de la Constitución dispone que en la relación laboral se debe respetar el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Al respecto, este mismo Colegiado ha establecido que el principio en cuestión: Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos (...)

C. DERECHO A LA JORNADA DE TRABAJO.

El Tribunal Constitucional en la sesión de Pleno Constitucional, recaída en el Exp. N° 4635-2004-AA/TC – TACNA, pronuncia los siguientes fundamentos :

El artículo 25º de la Constitución Política del Perú prescribe expresamente, que la jornada de trabajo es de ocho horas semanales como máximo, y que en, caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo.

Al respecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, disponen que el contenido y alcances de los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú. En ese sentido, a fin de configurar adecuadamente el derecho reconocido en el artículo 25º de la Constitución, debe tener presente que:

- a) El artículo 2º del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por el que se limitan a ocho horas diarias las horas de trabajo en las

empresas industriales, dispone que en todas las empresas industriales públicas o privada, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana.

- b) El literal c) del Artículo 2º, del Convenio mencionado dispone que cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas, o un periodo más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.
- c) El mismo Convenio, en su artículo 4º, establece que podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido por el artículo 2º, en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma de trabajo, deba ser asegurado por quipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana.
- d) El artículo 24º de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo .
- e) El artículo 7º, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo.
- f) El artículo 7º, literal g) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales, y culturales, establece que los Estados garantizaran la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que :

- a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
- b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas, o un periodo mas corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
- c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
- d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
- e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo, siendo esta la norma mas protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4°. Del Convenio N°.1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo. (OIT).

Precisado el parámetro constitucional descrito sobre el cual se asienta la jornada laboral de ocho horas, el Tribunal Constitucional no puede dejar de destacar que las citadas disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos, que deben ser aplicadas obligatoriamente para interpretar los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se refieren al concepto de limitación razonable de las horas de trabajo. Es decir, si bien nuestra Constitución impone un máximo para la jornada de trabajo (diaria y semanal), tampoco obliga a que siempre y en todas las actividades laborales se establezca dicho máximo (8 horas diarias y 48 semanales).

Piénsese, a modo de ejemplo, en amplios sectores de la administración pública y del sector privado que no llegan a trabajar 48 horas semanales, así como también en aquellas actividades laborales que, por su esfuerzo físico, justifican una jornada menor a la máxima.

Las disposiciones que permiten trabajar más de ocho diarias y cuarenta y ocho horas semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un periodo de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, constituyen una excepción que deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En estos casos será indispensable el pago de horas extras, conforme a Ley. Ello porque, sentido, si bien los tratados de derechos humanos constituyen el estándar mínimo de derechos humanos, cuando existan normas internas más protectoras, estas deben prevalecer puesto que otorgan una mayor protección. Como ya se anotó, ese es el caso del artículo 4° del Convenio N° 1 de la OIT, frente al cual el artículo 25°, de la Constitución otorga una mayor protección a fijar la jornada semanal en cuarenta y ocho horas como máximo.

D. DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO

Es el derecho que goza todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo. Extracto «c) La libertad de trabajo Establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.» (EXP. 0008-2003-AI/TC, Fundamento 26, 2003)

En efecto, la Constitución reconoce en el artículo 2° inciso 15, que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los

Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú.

En tal sentido, el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. A su turno, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptúa en su artículo 7°, literal b), «el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva».

En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo.

E. DERECHO A LA REMUNERACION.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana fundamento 6 del (Exp. 4922-2007-PA-TC).

El derecho a la remuneración, fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo. 14. En cuanto a los conceptos que conforman la

remuneración, el artículo 1 del Convenio 100 de la OIT, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración "(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último", reflejando una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución. En el ámbito doméstico son diversas normas las que explican qué se incluye dentro del concepto de remuneración.

F. DERECHO AL TRABAJO

El trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc. El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación. El Papa Juan Pablo II [Encíclica *laborem exercens*. Lima. Salesiana, S/F] señala que: «El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre». Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII (Encíclica *rerum novarum*. Lima: Paulinas, 1966) el trabajo tiene el doble signo de lo personal y necesario. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: - Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales. - Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida. - Carácter social de la

función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros (Exp. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 18, 2005).

«El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.» (Exp. 1124-2001-AA/TC, Fundamento 12, 2001)

2.2.5.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio.

2.2.5.7.1. La remuneración.

A. Concepto

La remuneración o salario es el pago que percibe de su patrono el trabajador como contraprestación por la labor prestada a consecuencia de la ejecución del contrato de trabajo. En la práctica de las relaciones laborales como lo señala (Pérez Botija, 1944) el vocablo salario adquiere distintas modalidades, que se designan con el nombre de sueldo, estipendio, jornal, honorarios, pago de haberes, etc. o con otros mas concretos como dietas, gratificaciones, primas.

B. Concepto normativo.

El derecho a la remuneración se encuentra reconocido en el Artículo 24° de la Constitución Política del Perú (1993). “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y los empleadores.

Artículo 26°, de la Constitución Política del Perú, en la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Según Artículo 6°, del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

2.2.5.7.2. Beneficios Sociales del trabajador

A. Concepto.

Son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores con ocasión de sus labores prestadas de manera dependiente. Son los ingresos laborales que el trabajador recibe como consecuencia de su actividad, sin considerar su origen, el importe o la periodicidad del pago o su naturaleza remuneración. (Miyagusuku, 2011)

Entre los beneficios sociales de carácter remunerativo tenemos los siguientes :

- a) Gratificación
- b) Vacaciones
- c) Compensación por tiempo de servicios
- d) Participación Laboral : Utilidades
- e) Asignación familiar
- f) Retribuciones por sobretiempo y trabajo en días de descanso.
- g) Seguro de Salud
- h) Seguro de vida.

2.2.5.7.3. El Incumplimiento de Disposiciones y Normas Laborales.

A. Concepto.

Es la transgresión de las principales Leyes sobre la Compensación por Tiempo de Servicios; Contratación laboral; Créditos Laborales; Defensa del Trabajador; Descansos Remunerados; Devolución de Inmueble; Discapacidad; Discriminación en el Acceso al Empleo; Extranjeros; Gratificaciones Legales; Hostigamiento Sexual; Inspección del Trabajo; Intermediación Laboral; Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo; Modalidades Formativas Laborales; Obligaciones Específicas del Empleador; Participación de los Trabajadores en la Utilidad, Gestión y Propiedad de la Empresa; Planillas y Boletas de Pago; Prescripción Laboral; Prestaciones Alimentarias; Protección a los Padres que Trabajan; Régimen Laboral de la Micro y Pequeña Empresa;

Remuneraciones y Asignación Familiar; Remuneraciones Mínimas; Seguridad y Salud; Tercerización; Trabajo de Mujeres; Seguro de Vida; VIH y Sida.

2.2.5.7.4. Personal de Dirección.

A. Concepto

Es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial, de acuerdo al Artículo. 43°. (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, 1997)

2.2.5.7.5. Trabajador de Confianza.

A. Concepto

Los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la información de las decisiones, según Artículo 43° (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, 1997)

Los trabajadores de confianza son aquellos cuya posición les confiere una especial responsabilidad, asumiendo delicadas tareas o haciéndose énfasis en el respaldo del empleador sobre sus funciones, pues “estos trabajadores cuentan con fe y apoyo especial por parte del empresario, así como de la dirección de la empresa. (Toyama Miyagusuki, 2014)

2.2.5.7.6. *Sobretiempo u Horas extras.*

A. Concepto

Es el trabajo realizado más allá de la jornada ordinaria diaria o semanal y puede realizarse antes de la hora de Ingreso o después de la hora de salida establecida.

B. Concepto Normativo

El artículo 9° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, en concordancia con el reglamento del Decreto Legislativo N° 854, modificado por Ley N° 27671, sobre jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo; establece lo siguiente: “El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

2.2.6. Recurso de casación

2.2.6.1. *Concepto.*

La Corte Suprema, en numerosas ejecutorias, ha señalado que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario y de “iure”, que se puede interponer contra determinadas resoluciones y solo por los motivos tasados en la ley. Siendo un recurso previsto en la ley, lo extraordinario resulta de los limitados casos y motivos en que procede y es de “iure” o Derecho, pues permite la revisión del máximo Tribunal del país, de la aplicación del Derecho por los jueces de la instancia. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 32)

2.2.6.1.1. Casación Laboral.

La casación laboral es uno de los instrumentos extraordinarios más relevantes cuya finalidad es velar por la seguridad jurídica en los procesos laborales. Es la máxima institución jurídica de la administración de justicia laboral en el país que es emitida por una Sala Especializada de la Corte Suprema, como consecuencia de ello tiene efectos relevantes en las relaciones laborales, tanto en materias procesales (competencia, medios probatorios y debido proceso en general) y acceso mismo a la casación laboral como los aspectos sustantivos (utilidades laborales, vacaciones, jubilación, remuneraciones devengadas, etc.)

2.2.6.2. Fines de la casación.

Según el artículo 384° del Código Procesal Civil, la casación tiene dos fines:

- a) La adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, y
- b) La uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Estos fines quedan comprendidos:

A. La igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley es un derecho constitucional previsto en el art. 2° inc. 2° de la Constitución Política del Estado, en tal sentido, la importancia social para los juristas y jueces en especial, es conseguir que las leyes sean aplicadas de un modo igual a los casos iguales, sin parcialidad, sin olvidos, sin favores. La casación es un instrumento para convertir en concreta aquella voluntad constante que las leyes sólo pueden prometer en abstracto. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 52)

B. La seguridad jurídica

La seguridad se presenta también como un valor. Su rango es inferior al de los otros valores jurídicos, pero su realización es condición indispensable y previa para el cumplimiento de los valores de superior jerarquía, como la justicia. (“Notarius” citado por Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 55)

La seguridad jurídica se logra mediante la aplicación de determinados principios, que a su vez constituyen garantías fundamentales de rango constitucional. Asimismo, la seguridad se debe a un conjugar con los otros contenidos del derecho: la Justicia y los Fines del Derecho. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 55)

Al respecto, la adoctrina considera como sus elementos fundamentales:

- i. La publicidad de la ley.
- ii. La irretroactividad de la ley.
- iii. Los derechos adquiridos.
- iv. La cosas juzgada.
- v. La prescripción.

C. La certidumbre jurídica

El autor Sánchez-Palacios Paiva (2009), señala que la certeza del derecho o certidumbre jurídica “consiste en el conocimiento seguro y claro del sentido de la ley”. (p. 53)

2.2.6.3. Causales.

2.2.6.3.1. 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)

A. 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)

B. 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, y erra 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)

C. 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)

2.2.6.3.2. *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.

A. 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)

B. 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 y 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.

c) **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)

C. 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 impedir la 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)

2.2.6.4. La previsibilidad de los fallos judiciales, la uniformidad de la jurisprudencia.

La previsibilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales sirve también de interés general, pues los potenciales litigantes, antes de recurrir al Órgano Jurisdiccional, podrán conocer con anticipación, el grado de posibilidades que tienen de ser atendidos en sus pretensiones. Esto es lo que se denomina la corriente jurisprudencial.

En tal sentido, los fallos de la Corte Suprema, ya sea por su correspondiente carga procesal, es posible encontrar pronunciamientos distintos y hasta contradictorios sobre un mismo problema jurídico, de tal manera que el fin de la uniformidad se hace de aplicación urgente. Ante ello, en concordancia con el Art. 400° del CPC, se precisa la determinación de un Precedente Judicial, es decir que se requiere de un pronunciamiento de los magistrados supremos civiles, reunidos en pleno, y que tal decisión vincula a los órganos jurisdiccionales de la república.

Por otro lado, para que la uniformidad de la jurisprudencia se ejecute, no sólo se tendrá que recurrir a los precedentes judiciales, sino también a la estimativa jurídica; es decir, a la teoría de la valoración jurídica de los ideales del Derecho, los cuales determina las directrices que deben orientar al derecho, los criterios para su perfeccionamiento y para su reelaboración progresiva, esclareciendo cuáles son los supremos valores que debe ser plasmados en el derecho. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, pp. 56-57).

2.2.6.5. Requisitos de admisibilidad.

El art. 387° del CPC señala los requisitos de forma:

- a) El primero es sólo son recurribles las resoluciones que enumera.
- b) El segundo requisito, se refiere al término para interponerlo y al pago de la tasa respectiva, cuyo comprobante debe acompañarse.

2.2.6.5.1. Resoluciones recurribles.

No todas las resoluciones se pueden impugnar en casación. Sólo las que señala el art. 387° inc. 1° del CPC, esto es las sentencias y autos expedidas como órgano de segundo grado por las Cortes. (Sánchez-Palacios Paiva, 2009, p. 61)

Siguiendo al mismo autor, señala que las resoluciones recurribles a que se refiere el mencionado articulado, se divide en:

A. Las sentencias expedidas por las Cortes Superiores como órganos de segundo grado

Se puede tratar de una sentencia Superior expedida resolviendo la apelación interpuesta, que confirma la apeada que declaró fundada o infundada la demanda, o improcedente, p revoca la apelada para decidir de distintita manera. En cualquier caso, ponen fin al trámite de segunda instancia. Con su pronunciamiento se agotó la instancia, y se cumplió la garantía constitucional de la pluralidad de instancias. (pp. 61-62)

B. Autos que en remisión ponen fin al proceso

Los autos que, en revisión ponen fin al proceso, se pueden producir a lo largo de éste, desde el primer momento con el planteamiento de la demanda, cuando ésta no es admitida y se declare inadmisibile o improcedente; o los comprendidos en el Art. 321° CPC:

- a) Improcedencia de la demanda
- b) Por sustracción de materia

- c) Por disposición de una ley
- d) Por declaración de abandono
- e) Amparo de una excepción o defensa previa
- f) Declaración de caducidad del derecho
- g) Desistimiento
- h) Consolidación de derechos
- i) Etc. (pp. 62-63)

Sin embargo, es importante recalcar que los autos que en revisión ponen fin al proceso, no es la materia o caso en estudio por lo que no se estudiará, empero es importante mencionarlo en esta parte del trabajo.

2.2.6.5.2. El plazo.

El recurso de casación debe interponerse dentro de los diez días útiles siguientes a la notificación de la resolución impugnada (sentencia), lo que en la práctica significa más días calendario. (p. 67)

2.2.6.5.3. La tasa judicial.

El valor de la tasa judicial que se debe pagar para interponer el recurso, se regula anualmente por la Comisión Ejecutiva, conjuntamente con la que corresponde a otras actividades judiciales, y se establecen escalas determinadas por la cuantía de la causa. Esta escala se modifica anualmente, generalmente con un aumento en los valores, que se justifica en su parte considerativa. (p. 69).

2.2.6.5.4. Legitimidad para recurrir en casación.

Pueden recurrir en casación quienes han sido parte en la etapa del juicio correspondiente a la sentencia superior impugnada. Esto es los sujetos procesales y los terceros legitimados. (p. 72)

Ahora bien, la legitimidad para recurrir en casación no solo corresponde a los que sean partes en el proceso; sino también involucra a que dichos sujetos procesales tengan plena facultad.

2.2.6.6. Errores in procedendo.

Los errores *in procedendo* conlleva a la posibilidad de una omisión, por lo que dichos vicios que atentan contra el debido proceso pueden presentarse en diversas etapas del proceso.

Se pueden clasificar tres grandes momentos de proceso, en los que se pueden presentar vicios:

- a) En la constitución de la relación procesal,
- b) En el desenvolvimiento de la relación procesal, y
- c) En la sentencia.

La constitución de la relación procesal comprende: el emplazamiento del demandado, la constitución propiamente de la relación procesal, la competencia del Juez, y la legitimidad de las partes. (p. 195)

2.2.6.6.1. El emplazamiento del demandado.

Luego de ser recibido la demanda, el Juez la califica y después de admitirla dispone se dé traslado al demandado, quien debe ser notificado con ella, para que pueda contestar la demanda.

El defecto en la citación y emplazamiento al demandado ha sido, tradicionalmente, la mayor fuente de las nulidades en el proceso; el emplazamiento con la demanda es sin duda trascendental, pues de ello depende una serie de consecuencias jurídicas:

- a) Fija los términos de la demanda, los que sólo se pueden variar hasta determinada oportunidad;
- b) Propone la competencia del Juez y establece el sometimiento del demandante;
- c) Constituye en mora al obligado;
- d) Interrumpe la prescripción extintiva (art. 438); y
- e) Es la base del debido proceso, pues el demandado que no es emplazado, mal puede ejercer su derecho de defensa. (pp. 195-196)

En tal sentido, el código ha previsto la existencia de pequeños defectos o incumplimientos en las formalidades del acto de la notificación, de tal manera que no habrá nulidad si la forma empleada le ofreció al demandado las mismas o más garantías que las señaladas en la ley procesal. (Art. 437° CPC)

2.2.6.6.2. La constitución propiamente de la relación procesal.

Si la demanda se ha planteado con defectos, el Juez al calificarla puede rechazarla “in limine”, señalando cuales son estos; si el Juez no lo hace porque no los advierte, el demandado puede deducirse las excepciones que correspondan al defecto y estas se resuelven antes de declarar el saneamiento del proceso; si el demandado no advirtió ningún defecto y no se excepciona, el Juez en la audiencia del saneamiento procesal, vuelve a examinar la relación procesal y puede declarar de oficio su invalidez, como lo autoriza el art. 465, en caso contrario expide resolución declarando el saneamiento, luego de lo cual precluye toda posibilidad de que las parte se refieran a la validez de la relación procesal (art. 466), a tal extremo que las excepciones que no se dedujeron oportunamente, ya no se pueden hacer valer como artículos de nulidad, por prohibirlo expresamente el art. 455. (p. 197)

2.2.6.6.3. La competencia del Juez.

La constitución de la relación procesal tiene que ver en primer lugar con el juez. El proceso debe ser conocido por el Juez natural, entendiendo por tal uno designado con

anterioridad al proceso, que debe reunir una serie de requisitos, uno de los cuales es la competencia. (p. 197)

2.2.6.6.4. Legitimidad de las partes.

En cuanto a las partes, son de aplicación los principios de la legitimidad para obrar, referida a aquellos que tienen capacidad para comparecer en un proceso, que es su vinculación con el objeto litigioso que le permite obtener un pronunciamiento jurisdiccional, y que en doctrina se denomina “legitimatío ad causam” o legitimación en la causa, que no debe ser confundida con el derecho material. (p. 198)

2.2.6.7. Errores en el desenvolvimiento de la relación procesal.

Según Sánchez-Palacios Paiva, los errores en el desenvolvimiento de la relación procesal se divide en:

2.2.6.7.1. Impugnación de vicios procesales.

Posterior a la expedición del auto de saneamiento procesal, y en caso de que éste presente algún vicio, cualquier error que afecte al derecho a un debido proceso debe ser impugnado y en su caso apelado, pues el no ejercicio de los medios que franquea la ley procesal importa el consentimiento, y no se pueden denunciar en casación aquellos vicios que no fueron reclamados oportunamente. (p. 201)

2.2.6.7.2. Negación de la prueba.

La negación de la prueba se advierte luego de la enumeración de los puntos controvertidos, en los que el Juzgador delimita los extremos tanto de las pretensiones y como de las pruebas; en tal sentido, la negarse el ofrecimiento de pruebas, se estaría vulnerado el derecho a un debido proceso, razón por la cual pueden darse múltiples errores

que sólo podrán ser examinados en casación, si la apelación se concede sin efecto suspensivo y en el carácter de diferida. (p. 202)

2.2.6.7.3. Prueba actuada sin citación contraria.

Para la actuación de la prueba, se deberá de citar a las partes para la audiencia correspondiente, pues de esta manera el Juzgador evaluará y determinará su actuación, cumpliéndose así con la publicidad, la bilateralidad y la contradicción como principios de la actuación probatoria; sin embargo, al omitirse dicha citación judicial, se convertiría en vicio de nulidad, pues impide el ejercicio del derecho de contradicción y control. (pp. 202-203)

2.2.6.7.4. Apreciación de la prueba.

Las instancias de mérito determinan la cuestión de hecho apreciando la prueba, lo que no es revisable en casación. Sin embargo, es frecuente que se recurra en casación utilizando ese argumento, por lo que en casación se declaró su improcedencia. (pp. 203-204)

Empero, existe ciertas situaciones en que pueden ser materia de casación:

A. La aplicación a los pactos privados de normas de apreciación probatoria determinadas en el Código Civil.

En ciertos casos el Juzgador no es libre de aplicar su criterio está vinculado por unas directivas de método de interpretación fijadas por el legislador, cuya aplicación es materia casatoria, como por ejemplo los arts. 168, 169 y 179, 1361, 1398, 1400 y 1401 del Código Civil. En ese caso la materia casatoria no es la voluntad de las partes sino la aplicación de las reglas para su interpretación. (p. 204)

B. La aplicación de reglas de apreciación probatoria

Hay ciertos casos especiales, como por ejemplo el art. 245 del Código, que establece los criterios para determinar si un documento tiene fecha cierta. Lo que será motivo de casación será la aplicación de ese dispositivo procesal de apreciación probatoria. Del mismo modo, cualquiera de las otras reglas sobre actuación y apreciación probatoria contenidas en el CPC. (p. 204)

C. La calificación jurídica de un contrato

En el Casación 461-97 de fecha 03 de junio de 1998, en el Octavo motivo de los votos por minoría, se consignó el siguiente fundamento:

Que la aplicación del Derecho a los hechos, en el silogismo que contiene la sentencia, se denomina subsunción y se admite en doctrina que el error puede viciar a la premisa de derecho, a la premisa de hecho y a la *subsunción*, por lo que se llama error de derecho a la primera y tercera hipótesis, y error de hecho el que se refiere a la segunda, correspondiendo al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, controlar la calificación jurídica dada por los jueces de instancia a los hechos que previamente han constatado, apreciado y valorado, lo que no implica control fáctico de ningún género, sino que es un control de derecho que entra de llano en el oficio casatorio, y así, determinar si los hechos resultantes conforman una oferta de venta, si se trata de una simple policitud, si se produjo consentimiento, si se formó el contrato, ya que la calificación jurídica, (subsunción) es siempre *quaestio iuris*; constituyendo tal calificación ejemplaridad para casos posteriores.

2.2.6.7.5. Citación para la sentencia.

El Juez debe comunicar a las partes que el proceso queda expedito para sentencia (art. 211), lo que en el caso de los procesos de un conocimiento y abreviados otorga a los abogados un plazo de cinco días para presentar sus alegatos escritos. Esto también significa que el Juez puede expedir sentencia antes de vencido dicho plazo. (p. 206)

2.2.6.7.6. El fin en el proceso.

El proceso está constituido por una serie de etapas encadenadas entre sí, de tal manera que una es antecedente y consecuente de otra, encaminadas en virtud de la dirección del juez y del impulso procesal de las partes a obtener una decisión jurisdiccional. Cada etapa es preclusiva, de tal manera que cerrada una para pasar a la siguiente, no se puede retroceder a la anterior. Cada etapa está regulada por reglas específicas. (p. 207)

2.2.7. Sentencia casatoria.

2.2.7.1. 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)

2.2.7.2. Estructura de la sentencia.

2.2.7.2.1. 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)

2.2.7.2.2. La interpretación de los hechos.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

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)

2.2.7.2.3. La subsunción.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) sostiene:

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.

Mas 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)

2.2.7.2.4. Motivación de la sentencia.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) manifiesta:

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)

2.2.7.2.5. *Fines de la motivación.*

Sánchez-Palacios Paiva (2009) manifiesta:

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)

2.2.7.2.6. *La clasificación de los fundamentos de la sentencia.*

Sánchez-Palacios Paiva (2009) precisa:

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)

2.2.8. El razonamiento judicial.

Sánchez-Palacios Paiva (2009) precisa:

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)

2.2.8.1. El silogismo.

El primero que relacionó el razonamiento judicial con el silogismo aristotélico fue Cesare Bonesano, Marqués 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. Ponderáse 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)

2.2.8.2. 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 trasmitir 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)

2.2.8.3. 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 conciben 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)

2.3. Marco Conceptual

Actor. Se denomina así a la persona que ejercita el derecho de acción mediante la interposición de la demanda o denuncia respectiva. Se utiliza como sinónimo de demandante o accionante, es decir, quien formula una petición interponiendo una demanda en la vía civil o una acción de garantía constitucional. En materia procesal penal, se aplica a quien plantea una denuncia en calidad de acusador o querellante, así como también a todo aquel que efectúa algún pedido a la judicatura. (Jurídica, 2007).

A Despacho. Frase empleada en la práctica judicial para indicar que los escritos o recursos presentados ante la judicatura, y/o en su caso el mismo expediente, son remitidos o se encuentran en la oficina o despacho del juez para su respectiva valoración y análisis y para la emisión de la resolución o sentencia correspondiente. (Jurídica, 2007).

Alzada. Término que hace referencia a elevación al superior jerárquico del recurso interpuesto contra una resolución. Antiguamente se usaba como sinónimo de apelación; actualmente se aplica indistintamente a todos los medios impugnatorios. (Jurídica, 2007).

Apelación diferida o en calidad de diferida. Calidad o carácter que el juez atribuye a la apelación de una resolución distinta de una sentencia, y por la cual el juez reserva el trámite de la impugnación a fin de que sea elevada al superior jerárquico con la apelación de la sentencia y no de manera directa o inmediata. Esta decisión motivada del juez es inimpugnable. (Jurídica, 2007).

A Quo. Locución latina que significa “del cual” y que indica el momento a partir del que pueden producirse ciertos efectos jurídicos. En el lenguaje forense se suele usar para designar al juez o tribunal cuya resolución es impugnada ante el superior jerárquico, para que este la confirme. (Jurídica, 2007).

Autos. Se utiliza como sinónimo de “expediente”. Hace referencia al conjunto de documentos y piezas que componen el conjunto denominado expediente. Couture señala que el término autos hace referencia al legajo de actuaciones estrictas que constituyen el proceso judicial y que constan por escrito. Escriche lo define como el conjunto de las diferentes piezas que forman la causa o pleito, esto es: La demanda, el emplazamiento, el

traslado, alegaciones, pruebas, junto con los demás tramites que forman todo el juicio o proceso. (Jurídica, 2007).

Casación. Señala que la casación pretende evitar arbitrariedades y homogenizar el criterio interpretativo, que se plasma en la seguridad jurídica. (Neves Mujica, J, 1993)

Calidad. Es la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie. (Española, Real Academia de la Lengua y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2006).

Carga de la prueba. Obligación consistente en poner a cargo de un litigante la demostración de la veracidad de sus proposiciones de hecho en un juicio. El requerimiento es facultad de la parte interesada de probar su proposición. Obligación procesal a quién afirma o señala. (Poder Judicial del Perú, 2018)

Contrato de Trabajo. El contrato de trabajo es un **acuerdo** entre empresario y trabajador por el que éste se obliga a **prestar determinados servicios** por cuenta del empresario y bajo su dirección, a cambio de una retribución. Asimismo supone unos **derechos** para el trabajador, que se convierten en **obligaciones** para el empresario. Al mismo tiempo, las obligaciones que contrae el trabajador se convierten en derechos de su empresario. (Universia).

Correr Traslado. Significa poner en conocimiento de las partes o de otro sujeto en particular un acto, documento o recurso incorporado al proceso. Alude al acto procesal de notificación. (Jurídica, 2007).

Cuantía. Expresión numérica del petitorio. Es el monto dinerario, importe total o cantidad que se reclama en un proceso judicial; en ocasiones incluye los intereses, pero no las costas y otros gastos. Su cálculo importa para determinar la competencia de los jueces y tribunales. (Jurídica, 2007).

Empleador. Es aquella persona que es titular o director en la explotación de una empresa, negocio o profesión y tiene trabajadores remunerados a su cargo. (Trabajo, 2015)

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. (Perú, 2015)

Derechos Fundamentales. Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado. (Poder Judicial del Perú, 2018)

Fundado (a). Termino que el Juez o tribunal emplea en la parte resolutive de una resolución o sentencia para indicar que acoge la pretensión de la demanda o lo alegado en el recurso, en razón de estar debidamente acreditado y fundamentado. (Jurídica, 2007).

Infundada. Expresión que el juzgador usa en la parte resolutive de la sentencia o resolución para declarar que rechaza lo planteado en la demanda o recurso, en razón de no estar debidamente acreditado y sustentado, cuando no hay prueba idónea que sustente la demanda o recurso. (Jurídica, 2007)

Jurisprudencia. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. (Española, 2001). Se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la Ley hacen tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así pues, la jurisprudencia esta formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada. (Cabanellas G. , 1996)

Medio Probatorio. Se denomina así a los diferentes elementos autorizados legalmente que sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos que son materia de un proceso judicial, y para producir convencimiento en el juez sobre las pretensiones que las partes alegan. Se refiere a los procedimientos establecidos por ley mediante los cuales se introducen las pruebas en el proceso. (Jurídica, 2007).

Personal de Confianza. Los que laboran personal y directamente con el empleador. En este grupo se comprende a personal que realiza labores de asistente, secretaria, chofer o conserje, para dicha categoría de empleados. Su calificación como trabajador de confianza, no depende, por ello, de la jerarquía del cargo que desempeñan, sino del hecho de tener una relación personal y directa, de carácter laboral. (Blancas Bustamante, 2013)

Resolución. Documento que expresa la voluntad del ente estatal que la emite. Documento que expresa la decisión de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Las decisiones de la autoridad jurisdiccional. (Derecho Civil) Acción y efecto de quitar la eficacia a un contrato por causal sobreviniente a su celebración, es decir, por la imposibilidad de cumplir con la obligación nacida del acto. Por ejemplo: cuando en un contrato de compra-venta, se entrega el bien, pero no se paga el precio. /En Derecho Procesal, dicese del decreto, auto, sentencia o providencia que expiden los jueces en el ejercicio de sus funciones. (Poder Judicial del Perú, 2018)

Sentencia. Del latín Sentiendo, por expresar lo que opina, es aquella resolución que se pronuncia sobre la litis del proceso poniendo fin a la instancia./ Parte última de proceso judicial, por la cual el juez debe resolver con relevancia jurídica el conflicto de intereses, aplicando con criterio lógico el derecho que corresponde a cada caso concreto para la resolución de la controversia. (Poder Judicial del Perú, 2018)

Vía Procedimental. Procedimiento procesal. Conjunto de actos y trámites judiciales que se siguen para hacer efectivo un derecho, para resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. Se refiere a los distintos tipos de proceso establecidos en nuestro ordenamiento procesal, ya sea en función de los tramites y procedimientos propios de cada uno, o teniendo en cuenta los plazos, según su duración. (Jurídica, 2007).

Vista de la Causa. Diligencia propia de los tribunales de justicia (salas de las cortes superiores y supremas) que se lleva a cabo antes de la expedición de la sentencia, en la cual las partes o sus defensores exponen oralmente sus argumentos de hecho y de derecho. (Jurídica, 2007).

2.4. Sistema de hipótesis

Las técnicas de interpretación son aplicadas adecuadamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa — Lima. 2018, en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Nivel de investigación

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

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

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

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

3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio – hermenéutico

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

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

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

3.2. Diseño de investigación: método hermenéutico dialéctico

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

3.3. Población y Muestra

Con relación a la investigación en estudio la población estará constituida por un expediente judicial que se encuentra consignado con el **N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018**, el cual a su vez al contar como único objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.

3.4. Definición y operacionalización de las Variables y los indicadores

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO	
X₁: INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomias	TÉCNICAS:	
			Entendiéndose al descarte de normas, según su rango, temporalidad o especialidad, de acuerdo a la materia.	Validez material		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Técnica de observación ▪ Análisis de contenidos 	
				COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO:
						Juicio de ponderación	
Y₁: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN.	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 		
				Resultados	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 		
				Medios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal ▪ Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 		
			Del latín <i>interpretari</i> , es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.				

		utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.	INTEGRACIÓN Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.	Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Según su Función: <ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora
				Lagunas de ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto ▪ Axiológica
				Argumentos de interpretación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento a pari ▪ Argumento ab minoris ad maius ▪ Argumento ab maioris ad minus ▪ Argumento a fortiori ▪ Argumento a contrario
			ARGUMENTACIÓN Tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho.	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Premisas ▪ Inferencias ▪ Conclusión
				Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas
				Argumentos interpretativos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae ▪ Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios

3.5. Técnicas e instrumentos

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

3.6. Plan de análisis

Se ejecutará por etapas o fases, conforme sostienen (Lenise Do Prado, M. Quelopana Del Valle, A. Compean Ortiz, L. Resendiz Gonzáles, E., 2008)). Estas etapas serán:

3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

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

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

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

3.6.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

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

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

3.7. Matriz de consistencia

TÍTULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS E INSTRUMENTO
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN EL EXPEDIENTE N° 14847-2015 DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA – LIMA. 2018	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018?	Objetivo General: Determinar de qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa - Lima. 2018?	X1: INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Independiente	Conflicto normativo, relacionado a la jerarquía, vigencia, y especialidad.	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomia	TÉCNICAS:
							Validez material		<ul style="list-style-type: none"> Técnica de observación Análisis de contenidos
						COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad	INSTRUMENTO:
								Juicio de Ponderación	Lista de cotejo Población-Muestra Población: Expediente judicial consignado N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018, el cual a su vez

Objetivos Específicos:

1. Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la validez formal y validez material.
2. Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
3. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados, medios, y argumentos de interpretación jurídica.
4. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la integración en base a la analogía, a los principios generales, a la laguna de ley, y a argumentos de interpretación jurídica.
5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación

al contar como único objeto de estudio la muestra, tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral..

		en base a sus componentes, sujeto a; y, a argumentos interpretativos.						
		<p>HIPÓTESIS:</p> <p>Las Técnicas de interpretación son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018?; en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.</p>	<p>Y1:</p> <p>TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN</p>	<p>Dependiente</p>	<p>Esquemas conceptuales e ideológicos, que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico y sino sólo literal del texto legal.</p>	<p>INTERPRETACIÓN</p>	<p>Sujetos</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Auténtica ▪ Doctrinal ▪ Judicial 	
							<p>Resultados</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Restrictiva ▪ Extensiva ▪ Declarativa ▪ Programática 	
							<p>Medios</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Literal • Lógico-Sistemático ▪ Histórico ▪ Teleológico 	
							<ul style="list-style-type: none"> • Según su Función: 	

						INTEGRACIÓN	Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> - Creativa - Interpretativa - Integradora 	
							Laguna de ley	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normativa ▪ Técnica ▪ Conflicto ▪ Axiológica 	
							Argumentos de interpretación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento a pari ▪ Argumento ab minoris ad maius ▪ Argumento ab maioris ad minus ▪ Argumento a fortiori ▪ Argumento a contrario 	
							ARGUMENTACIÓN	Componentes	
							Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Principios ▪ Reglas 	

							Argumentos interpretativos <ul style="list-style-type: none"> ▪ Argumento sedes materiae • Argumento a rúbrica ▪ Argumento de la coherencia ▪ Argumento teleológico ▪ Argumento histórico ▪ Argumento psicológico ▪ Argumento apagógico ▪ Argumento de autoridad ▪ Argumento analógico ▪ Argumento a partir de principios 	
--	--	--	--	--	--	--	--	--

3.8. Principios éticos

3.8.1. Consideraciones éticas.

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

3.8.2. Rigor científico.

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

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

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

Cuadro 1: Técnicas de interpretación aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la incompatibilidad normativa		
					Nunca	A veces	Siempre	Nunca	A veces	Siempre
					[0,5]	[1,5]	[2,5]	[0-8]	[9-16]	[17-25]
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<p>SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA</p> <p>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA</p> <p>CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015 DEL SANTA</p> <p>Reintegro de beneficios sociales PROCESO ORDINARIO NLPT</p>	<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir validez formal.</p> <p><i>(Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) Si cumple</i></p>			X		15	
			<p>SUMILLA: El personal de confianza que no se encuentre sujeto a fiscalización de su horario</p>							

			de trabajo, no tiene derecho al pago de horas extras.								
			Lima, ocho de agosto de dos mil diecisiete								
		Validez material	<p>VISTA, la causa número catorce mil ochocientos cuarenta y siete, guion dos mil quince, guion DEL SANTA, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como ponente el señor juez supremo, Arévalo Vela; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:</p> <p>MATERIA DEL RECURSO:</p> <p>Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, Corporación Pesquera Inca S.A.C., mediante escrito de fecha trece de mayo de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos sesenta y ocho, contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos cincuenta y siete que confirmó en parte la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha diez de julio de dos mil catorce, que corre en fojas mil noventa y ocho, que declaró fundada en parte la demanda, revocó el extremo que declaró infundado el pago de horas extras y su incidencia en gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, reformándola declaró fundado dicho extremo, confirmando lo demás que contiene; en el proceso seguido por O. A. F. L., sobre reintegro de beneficios sociales.</p> <p>CAUSAL DEL RECURSO:</p>	<p>2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) No cumple</p>	X						
				<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez de la norma, es decir validez material. (Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) Si cumple</p>					X		
				<p>2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. (Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) Si cumple</p>					X		
			<p>3. Determina las causales sustantivas para la selección de normas. (Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implicantes) Si cumple</p>					X			

Colisión		Por resolución de fecha doce de mayo de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento quince del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por la causal de infracción normativa por interpretación errónea del artículo 11° del Decreto Supremo N°008-200 2- TR ; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.	4. Determina las causales adjetivas para la selección de normas. (Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) Si cumple			X			
	Control difuso		<p>CONSIDERANDO:</p> <p>Primero.- Vía Judicial</p> <p>El actor interpone demanda de fecha quince de marzo de dos mil doce que corre en fojas doscientos treinta y ocho, subsanado en fojas doscientos sesenta y uno, solicitando el reintegro de beneficios sociales por la suma de dos millones setenta y siete mil ciento veintinueve y 00/100 Nuevos Soles (S/.2'077,129.00), más el pago de intereses legales, costas y costos del proceso.</p> <p>Por sentencia de fecha diez de julio de dos mil catorce, que corre en fojas mil noventa y ocho, el Tercer Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia Del Santa declaró fundada en parte la demanda; y mediante Sentencia de Vista de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos cincuenta y siete, la Sala Laboral – sede periférica 1 de la mencionada Corte Superior confirmó en parte la resolución apelada, revocó el extremo que declaró infundado el pago de horas extras y su incidencia en gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, reformándola declaró fundado dicho extremo confirmando lo demás que contiene por considerar que el cargo de Bahía de Flota que ocupaba el actor era cargo de confianza y que estuvo sujeto a supervisión y control de su empleador, tal como se</p>	1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple	X				
				2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s) No cumple	X				
				3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) No cumple	X				
				4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. (El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental) No cumple	X				

puede apreciar del Manual de Funciones y demás medios probatorios que corren en autos, concluyendo que el actor tiene derecho a las horas extras laboradas, reconociéndole cuatro horas diarias.

Segundo.- La Infracción normativa.

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material; incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero.- En cuanto a la causal de **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 11° del Decreto Supremo N° 008 -2002-TR**; debemos decir que la causal de interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso específico; sin embargo, al momento de aplicarla a los hechos acreditados en el proceso le atribuye un sentido distinto al que le corresponde.

El mencionado artículo establece lo siguiente:

“(…)

Artículo 11.- No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se

encuentran definidas en el Artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, exceptuándose de lo previsto en este artículo, a los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo”.

Cabe anotar que este artículo fue modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 012-2002-TR, publicado el nueve de agosto de dos mil dos, razón por la cual en el presente caso corresponde analizar el texto modificado teniendo en cuenta que el actor cesó el doce de marzo de dos mil diez.

Cuarto.- Naturaleza jurídica de la jornada en sobretiempo

El trabajo en sobre tiempo puede definirse como aquellas horas trabajadas excediendo la jornada legal u ordinaria existente en un centro de labores, motivo por el cual su remuneración merece un tratamiento especial.

Como marco legal de la jornada de trabajo en el Perú encontramos las Normas jurídicas siguientes:

4.1. Constitución Política del Perú

Los artículos 23° y 25° de la Constitución Política del Perú, disponen lo siguiente:

“(…)

Artículo 23.- (…) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (…)

Artículo 25.- Jornada ordinaria de trabajo

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los

trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio (...).”

4.2. Convenio OIT

El Convenio N° 1 de la OIT (Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919), aprobado por Resolución Legislativa N°10195 ratificado por el Perú el ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, ha establecido: “(...) Artículo 2 En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación (...) Artículo 5 1. En los casos excepcionales en que se consideren inaplicables los límites señalados en el artículo 2, y únicamente en dichos casos, los convenios celebrados entre las organizaciones patronales y las organizaciones obreras, en que se fije el límite diario de las horas de trabajo basándose en un período de tiempo más largo, podrán tener fuerza de reglamento si el gobierno, al que deberán comunicarse dichos convenios, así lo decide. 2. La duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en dichos convenios, no podrá en ningún caso exceder de cuarenta y ocho horas por semana (...).”

4.3. Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo

El artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-200 2-TR, publicado el cuatro de julio de dos mil dos, señala textualmente:

“(…) La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.

Se puede establecer por Ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.

(…)”.

Quinto.- El personal de dirección y los trabajadores de confianza

Esta Suprema Sala considera que dados los reiterados casos que se presentan para su decisión y la importancia del tema, es necesario desarrollar algunos conceptos teóricos sobre el personal de dirección y los trabajadores de confianza.

5.1. Evolución legislativa de la noción de cargo de dirección y de confianza

De una revisión histórica del Derecho Nacional tenemos que el tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular originalmente estuvo restringido al caso de los gerentes a que se refería la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123, sustituida posteriormente por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades, aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS.

Distinto fue el caso en el régimen laboral público donde sí existió una detallada normatividad sobre cargos de confianza.

En el año 1981, el tema de los trabajadores de confianza fue tratado de una manera específica por el Decreto Legislativo N° 39 solo para los casos del personal de confianza de las empresas periodísticas restituidas a sus propietarios las cuales habían sido confiscadas por el Gobierno Militar del General Velazco Alvarado.

En el ámbito del Derecho Laboral el régimen de los trabajadores de confianza recién va a ser objeto de una adecuada regulación por el artículo 15° de la Ley N° 24514, el cual establecía que los cargos de confianza solo podrían ser desempeñados por trabajadores empleados.

Con la promulgación en 1991 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, se establecieron por primera vez diferencias entre los trabajadores de dirección y los trabajadores de confianza.

Las posteriores modificaciones que ha sufrido esta norma han mantenido esta diferencia, la que actualmente se encuentra en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL).

5.2. Definición de personal de dirección

El personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial, conforme el primer párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Conforme a la doctrina, los trabajadores de dirección son los altos directivos que representan o sustituyen al empleador, los mismos que se encargan de administrar, dirigir, controlar y fiscalizar la actividad empresarial, ejemplo de este cargo es el gerente general de una empresa.

Sin que la enumeración sea taxativa, en la legislación peruana

encontramos expresamente señalados los casos de personal de dirección siguientes:

- a) Los Gerentes de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo N° 1031).
- b) El Gerente de una sociedad anónima (artículo 187° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).
- c) El Gerente de una cooperativa (artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por el Decreto Supremo N° 074-90-TR).
- d) Los Jefes de relaciones industriales o los que hagan sus veces (Decreto Ley N° 14371). e) Todos aquellos casos que la ley lo establezca así.

5.3. Definición de trabajadores de confianza

Los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003 -97-TR.

El autor BLANCAS BUSTAMANTE¹ define al personal de confianza en los siguientes términos: *“Los que laboran personal y directamente con el empleador (...) En este grupo se comprende (...) a personal que realiza labores de asistente, secretaria, chofer o conserje, para dicha categoría de empleados. Su calificación*

como “trabajador de confianza” no depende, por ello, de la jerarquía del cargo que desempeñan, sino del hecho de tener una relación personal y directa, de carácter laboral (...)”.

NÉSTOR DE BUEN² considera que: “El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...)”.

Al igual que en el caso anterior, sin que esta enumeración sea taxativa, podemos mencionar los casos de trabajadores de confianza siguientes:

- a) Personal que labora en contacto directo con el personal de dirección realizando funciones de asesoría, tal como sería el caso de sus asesores legales o asesores técnicos.
- b) Personal que labora directamente en funciones de apoyo de los trabajadores de dirección, tal como es el caso de las secretarías, choferes y personal de seguridad.
- c) Personal que realiza labores jerárquicas que no califican como labor de dirección, tal como es el caso de los subgerentes, jefes de departamento, entre otros.
- d) Todos los demás casos que la ley lo establezca así.

5.4. Derechos del personal de dirección y de confianza

Además de todos los derechos que dispone el régimen laboral

de la actividad privada es necesario precisar la situación jurídica de algunos derechos que comúnmente son reclamados en sede judicial por el personal de dirección o trabajadores de confianza.

5.4.1. Derecho a la indemnización por no goce oportuno del descanso vacacional

Esta Sala Suprema en la Casación N° 4371-2014 –LIMA de fecha cuatro de setiembre de dos mil quince, ha establecido que la correcta interpretación del artículo 24° del Decreto Supremo N° 012-92-TR, es el siguiente: *“Los gerentes o representantes de la empresa, a los que no les corresponde percibir la indemnización prevista en el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, son aquellos que tienen la condición de personal de dirección, es decir, aquellos que conforme el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquél funciones de administración y control, o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Se justifica esta exclusión porque dado el nivel jerárquico del personal de dirección, el mismo está en la posibilidad de decidir de forma voluntaria el hacer o no uso de su descanso vacacional en el periodo que le corresponda”*. Criterio que ha sido reiterado en diversas resoluciones casatorias como las recaídas en los Expedientes Nos. 2943-2015, 7855-2014 y 6898-2015.

5.4.2. Derecho al pago de horas extras

Sobre este derecho se considera que al trabajador de confianza solo le corresponde el pago de horas extras si su labor se efectúa sujeta a fiscalización horaria.

Al respecto, el profesor TOYAMA MIYAGUSUKU³ escribe:
“(…) Cabe indicar que hay personal que califica como de confianza, pero que sí se encuentra fiscalizado, esto es, sometido a un horario de trabajo, como ocurre con la secretaría del gerente general o con los analistas del área de contabilidad.

Son rasgos de la existencia de autonomía o fiscalización: i) no obligación de marcar cualquier ingreso/salida; ii) no hay solicitud de permisos para temas personales sino, a lo sumo, coordinaciones; iii) no existen descuentos por tardanzas; iv) no presentan sanciones por tardanzas; v) no hay la necesidad de compensar horas dejadas de laborar; vi) no se entregan comunicaciones y recordatorios sobre cumplimiento de horarios y jornadas; vii) no hay antecedentes de control de horas y horarios (récord) para aumentos, promociones, etc.

En estos supuestos descritos-no fiscalización de tiempo-, salvo que exista un control de tiempo de trabajo, las personas no tienen derecho a horas extras (...). (El sombreado es nuestro)

Sexto.- Posición del Tribunal Constitucional respecto del personal de dirección y trabajadores de confianza .

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 3501- 2006-AA/TC LIMA, de fecha quince de marzo de dos mil siete, sobre el trabajador de dirección y de confianza ha establecido lo siguiente:

“(…)”

12. Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad Competitividad Laboral (en adelante LPCL)

considera que

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

13. Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este

		<p>Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación.</p> <p>14. De otro lado, es de resaltar cómo se llega a adoptar tal cargo. Se llega de la siguiente manera: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza.</p> <p>15. Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, se procederá de la siguiente manera:</p> <p>a) Se identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;</p> <p>b) Se comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y,</p> <p>c) Se consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.</p> <p>16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (...).”

Sétimo.- Interpretación del artículo 11° del Decreto Supremo N° 008- 2002-TR

Esta Sala Suprema establece que el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008- 2002-TR, debe interpretarse de la siguiente manera: En el caso de trabajadores de confianza el control efectivo del tiempo de trabajo se refiere a la fiscalización del horario de trabajo y no al hecho de que el trabajador de confianza jerárquicamente dependa de otro funcionario al que le deba dar cuenta de sus labores o que su relación de dependencia funcional esté consignada en un documento de la empresa.

Octavo.- Solución del caso concreto

En caso sub examine está acreditado que el actor laboró del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y siete al doce de marzo de dos mil diez, siendo su último cargo el de Bahía de Flota, cargo de confianza; calificación que no ha sido cuestionada por el demandante.

Es materia de controversia en este caso determinar si el actor durante el tiempo que ejerció el cargo de confianza estuvo sujeto o no a fiscalización o control efectivo del tiempo de trabajo.

Durante el proceso no se ha probado que el actor haya estado sujeto a control de un horario de trabajo, por tanto de acuerdo a lo

		<p>indicado en el considerando anterior no le correspondería el pago de horas extras, máxime si en la vista de causa ante la Sala Superior ha admitido (según consta en el Video N° 577 minuto 48 al 49:48) que no tenía un horario específico de labores y que quien anotaba el ingreso y salida era el vigilante en un cuaderno; en tal sentido las autorizaciones de salida vehicular que corren de fojas sesenta y cuatro a doscientos siete no son medio de prueba para acreditar que laboró horas extras, como tampoco lo es el Manual de Funciones de la demandada que corre en fojas doscientos treinta y tres, donde consta que el actor tenía un jefe inmediato, pero no que haya trabajado en sobretiempo; por lo que la causal denunciada deviene en fundada.</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018
Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 1, revela que la **incompatibilidad normativa** a través de sus sub dimensiones Exclusión y Colisión denotan que **a veces** se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Se derivó de la revisión de la parte considerativa en la motivación del derecho de la sentencia, en donde se evidenció que los magistrados emplearon parcialmente los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos; **Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa.** *(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma).* **No cumple;** **Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple;** **Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** *(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))* **No cumple;** **Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** *(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)* **No cumple;** **Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.** *(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)* **No cumple.**

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Evidencia empírica	Parámetros	Calificación de las sub dimensiones			Calificación total de la técnicas de interpretación		
					Nunca	A veces	Siempre	Por Remisión	Inadecuada	Adecuada
					[0]	[2,5]	[5]	[0-25]	[26-51]	[52-75]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015 DEL SANTA Reintegro de beneficios sociales PROCESO ORDINARIO NLPT	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial) Si cumple			X			
		Resultados	SUMILLA: El personal de confianza que no se encuentre sujeto a fiscalización de su horario de trabajo, no tiene derecho al pago de horas extras.	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Restrictiva, extensiva, declarativa) Si cumple			X			
		Medios	Octavo.- Solución del caso concreto En caso sub examine está acreditado que el actor laboró del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y siete al doce de marzo de dos mil	1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas civiles que garantizan el proceso.(Interpretación: Gramatical o			X			
										55

		<p>diez, siendo su último cargo el de Bahía de Flota, cargo de confianza; calificación que no ha sido cuestionada por el demandante.</p> <p>Es materia de controversia en este caso determinar si el actor durante el tiempo que ejerció el cargo de confianza estuvo sujeto o no a fiscalización o control efectivo del tiempo de trabajo.</p> <p>Durante el proceso no se ha probado que el actor haya estado sujeto a control de un horario de trabajo, por tanto de acuerdo a lo indicado en el considerando anterior no le correspondería el pago de horas extras, máxime si en la vista de causa ante la Sala Superior ha admitido (según consta en el Video N° 577 minuto 48 al 49:48) que no tenía un horario específico de labores y que quien anotaba el ingreso y salida era el vigilante en un cuaderno; en tal sentido las autorizaciones de salida vehicular que corren de fojas sesenta y cuatro a doscientos siete no son medio de prueba para acreditar que laboró horas extras, como tampoco lo es el Manual de Funciones de la demandada que corre en fojas doscientos treinta y tres, donde consta que el actor tenía un jefe inmediato, pero no que haya trabajado en sobretiempo; por lo que la causal denunciada deviene en fundada.</p>	<p><i>Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico</i>)Si cumple</p>						
			<p>2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tato sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación.<i>(Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica)</i>Si cumple</p>			X			
Integración	Principios generales		<p>1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema.<i>(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)</i> No cumple</p>	X					
	Laguna de ley		<p>1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. <i>(Antimonias)</i> No cumple</p>	X					
	Argumentos de integración jurídica		<p>1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. No cumple</p>	X					
	Aren	Componente	<p>1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la</p>						

	ntes	<p>Por estas consideraciones:</p> <p>FALLO:</p> <p>1- Declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Corporación Pesquera Inca S.A.C., mediante escrito de fecha trece de mayo de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos sesenta y ocho.</p> <p>2- En consecuencia, CASARON la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos cincuenta y siete solo en el extremo que declara fundada la pretensión referida al pago de horas extras y su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios. y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la sentencia apelada de fecha diez de julio de dos mil catorce que corre en fojas mil noventa y ocho, en el extremo que declaró infundado el pedido de pago de horas extras así como su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, con lo demás que contiene.</p> <p>3- DECLARAR que el criterio establecido en el Séptimo Considerando de la presente sentencia constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la interpretación que debe recibir el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR.</p>	materialización de la nulidad. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) Si cumple			X			
			2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) Si cumple			X			
			3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) Si cumple			X			
			4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.(Encascada, en paralelo y dual)Si cumple			X			
			5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.(Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple			X			
	Sujeto a	<p>4- ORDENAR la publicación del texto de la presente Sentencia en el</p>	1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio			X			

		<p>Diario Oficial “El Peruano” y en la página Web del Poder Judicial.</p> <p>5- NOTIFICAR la presente Sentencia a la parte demandante, O. A. F.L., y a la parte demandada, Corporación Pesquera Inca S.A.C., sobre reintegro de beneficios sociales; y los devolvieron.</p>	<p><i>de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio de Xinterdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de unidad de la Constitución; s) Principio de indubio pro legislatore; t) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)</i> Si cumple</p>						
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

			<p>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. <i>(Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios) Si cumple</i></p>			X			
--	--	--	--	--	--	---	--	--	--

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018
 Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la incompatibilidad normativa en la sentencia de la Corte Suprema

LECTURA. El cuadro 2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas de manera **adecuada** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, como: la interpretación y la argumentación: **Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema** (*Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley*) **No cumple**, **Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia** (*Antimonías*) **No cumple**, **Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. No cumple**

Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018

Variables en estudio	Dimensiones de las variables	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones			Calificación de las dimensiones	Determinación de las variables								
			Nunca	A veces	Siempre		Nunca	A veces	Siempre	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			(0,5)	(1,5)	(2,5)		[0-8]	[9-16]	[17-25]	[0-25]	[26-51]	[52-75]			
Incompatibilidad normativa	EXCLUSIÓN	Validez formal	1		1	13	[17-25]	Siempre							70
					[9-16]		A veces								
		Validez Material			4		[0-8]	Nunca							
	COLISIÓN	Control difuso	4			2	[17-25]	Siempre							
							[9-16]	A veces							
							[0-8]	Nunca							

Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN	Sujeto a	(0)	(2,5)	(5)	20	[51-80]	Adecuada							
		Resultados			1		[26-51]	Inadecuada							
		Medios			2		[0-25]	Por remisión							
	INTEGRACIÓN	Principios generales	1			0	[52-75]	Adecuada							
		Laguna de ley	1				[26-51]	Inadecuada							
		Argumentos de integración jurídica	1				[0-25]	Por remisión							
	ARGUMENTACIÓN	Componentes			5	35	[52-75]	Adecuada							
		Sujeto a			1		[26-51]	Inadecuada							
		Argumentos Interpretativos			1		[0-25]	Por remisión							

Fuente: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018

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

LECTURA. El cuadro 3, revela que las variables en estudio: **incompatibilidad normativa fueron a veces** aplicadas, y las **técnicas de interpretación** fueron aplicadas de manera **adecuada** por parte de los magistrados ante una infracción normativa, que según el caso en estudio aplicaron los criterios, principios y demás normas del derecho que; el cuadro 1, revela que la **incompatibilidad normativa a veces** se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema. Se derivó de la revisión de la parte considerativa en la motivación del derecho de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon parcialmente los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos; **Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa.** *(Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma)* **No cumple, Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. No cumple, Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** *(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))* **No cumple, Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** *(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)* **No cumple, Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.** *(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)* **No cumple** y el cuadro2, revela que la variable en estudio: **técnicas de interpretación** fueron empleadas **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que al presentarse una infracción normativa, los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación; **Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema** *(Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley)* **No cumple, Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia** *(Antimonías)* **No cumple, Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. No cumple**

4.2. Análisis de resultados

Los resultados de la investigación revelaron que la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa - Lima. 2018, fue **adecuada**, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

1. Respecto a la variable. Incompatibilidad normativa: a veces se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema.

Se derivó de la revisión de la parte considerativa en la motivación del derecho de la sentencia emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, equivalente a **un total de 15 como puntaje**, considerándose que a veces se presenta una incompatibilidad normativa del caso en estudio, que se evidenció **la causal de infracción normativa por interpretación errónea de la norma sustantiva del Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR**, siendo esta norma relacionada a los trabajadores de confianza que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima de Trabajo, cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Al respecto, se llegó a determinar y evidenciar lo siguiente:

1.1. Exclusión:

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

Sí cumple, porque se evidencia selección de normas a nivel constitucional. En tal sentido, el Magistrado selecciona los Artículo 23° y 25° de la Constitución Política del Perú, disponen lo siguiente :

Artículo 23°.- (...) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (...)

Artículo 25°.- Jornada Ordinaria de Trabajo

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio (...) y según el caso en estudio es el derecho fundamental de la Jornada ordinaria de trabajo que encuentra asidero legal en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, que menciona *“no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97 exceptuándose de lo previsto a los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo”*

Asimismo, es importante señalar que los Artículos 23° y 25° de nuestra constitución se encuentran en vigencia desde 1993 hasta la fecha la validez formal de la norma comprende la selección de normas constitucionales vigentes, por parte de los magistrados al momento de sentenciar (esto es, verificar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada temporalidad de las normas jurídicas); en el caso en estudio, en el considerando *“CAUSAL DEL RECURSO”* se señala la pretensión del impugnante, de infracción normativa por interpretación errónea del Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR el cual de acuerdo al cotejo del Decreto Supremo antes mencionado se encuentra en vigencia desde el año 2002 hasta la fecha.

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

No cumple, el presente parámetro en el sentido que no existen dos propuestas que se contradicen entre sí, y solo una de ellas es la verdadera. Entiéndase que la exclusión de normas constitucionales y legales comprende el descarte de normas que no son necesarias para resolver el conflicto y que fueron empleadas por las partes procesales y/o en las sentencias precedentes; por el contrario, al presentarse una infracción normativa de normas adjetivas, y de normas sustantivas no fue necesario excluir las normas seleccionadas.

Sin embargo se evidencia la jerarquía en las normas seleccionadas por los magistrados, las señalaron de acuerdo a su base legal en el Artículo 51° de la Constitución Política del Estado que se encuentra relacionado a la “Jerarquía de normas”: *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.* Esto se puede corroborar en la parte considerativa de la sentencia, a partir del Cuarto Considerando hasta el Sexto Considerando como marco legal de la jornada de trabajo.

- Los artículos 23° y 25° de la Constitución Política del Perú
- Convenio N° 1 de la OIT (Convenio sobre las horas de trabajo)
- Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR; (los trabajadores de confianza que no se encuentren sujeto a fiscalización de su horario de trabajo no tiene derecho al pago de horas extras)
- Artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo)
- Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97.TR (Características del Personal de Dirección y Trabajador de Confianza).

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

Si cumple, en el sentido que los magistrados fundamentaron las normas legales teniendo en cuenta a la validez material de la norma; es decir que cuando se refiere a la validez material de una norma es verificación de su constitucionalidad y legalidad (especialidad de la norma jurídica). Por lo tanto, al momento de indicar la causal de la casación interpuesta por el impugnante, prescrita en el Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR causal de infracción normativa, el mismo que se encuentra comprendida en el artículo 386° del CPC como causal de interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, los magistrados fundamentaron y argumentaron en qué consistía y la finalidad de dicha causal; y ello se evidenció.

Al respecto, el autor (Sánchez-Palacios Paiva, (2009) señala lo siguiente referente a las causales de la casación:

A) La aplicación indebida

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)

B) 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, y erra 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)

C) 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)

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

(Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público)

Sí cumple, se evidencia en la parte considerativa de la sentencia suprema la selección de normas constitucionales y legales, empleando para ello un orden en base a la jerarquía normativa establecida en el Art. 51° de la Constitución Política del Estado, teniendo en cuenta la pretensión y la descripción de los hechos y del derecho del impugnante. En el considerando CAUSAL DEL RECURSO: se evidenció lo siguiente:

“(…) se declaró procedente el recurso interpuesto por la causal de:

a) Infracción normativa por interpretación errónea de la norma sustantiva del Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR

Sostiene que, por sentencia de fecha diez de Julio de dos mil catorce, el Tercer Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa declara fundada en parte la demanda; y mediante Sentencia de Vista de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, la Sala Laboral – Sede Periférica 1 de la mencionada Corte Superior confirma en parte la resolución apelada, revoco el extremo que declare infundado el pago de horas extras y su incidencia en gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, reformándola declare fundado dicho extremo confirmando lo demás que contienen por considerar que el cargo de Bahía de Flota que ocupaba el actor era cargo de confianza y que estuvo sujeto a supervisión y control de su empleador, tal como se puede apreciar del Manual de

Funciones y demás medios probatorios que corren en autos, concluyendo que el actor tiene derecho a las horas extras laboradas reconociéndole cuatro horas diarias.

5. Determina las causales sustantivas para la selección de normas. (*Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implicantes*)

Sí cumple, en el sentido que los magistrados indican la finalidad y/o fundamento de la causal sustantiva en el Considerando Tercero : “ En cuanto a la causal infracción normativa por interpretación errónea del Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, debemos decir que la causal de interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso específico: sin embargo, al momento de aplicarla a los hechos acreditados en el proceso le atribuye un sentido distinto al que le corresponde.

En ese sentido, como bien se ha señalado, la causal sustantiva en el caso en estudio fue la *interpretación errónea* de las norma sustantiva del Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, norma relacionada a los trabajadores de confianza que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo y que no fueron interpretadas correctamente por los anteriores magistrados de las sentencias precedentes, en el sentido que declararon fundada el extremo del pago de horas extras y su incidencia en gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios por considerar que el cargo de Bahía de Flota que ocupaba el actor era de confianza y que estuvo sujeto a supervisión y control de su empleador.

Esta causal se encuentra definida por la Casación N° 1375-2000-Piura: “La causal de interpretación errónea se produce cuando a determinada norma se le da un sentido diferente al que realmente tiene o para el cual fue dada”. (El Peruano, 17-09-2000, p. 6262). Y también por la Casación N° 1256-98- Junín: “Por interpretación errónea se debe entender la equivocación o error acerca del

contenido de una norma mediante el desconocimiento de los principios interpretativos”. (El Peruano, 17-09-1999, p. 3546)

Por otro lado, la causal de *interpretación errónea de la norma*, el autor (Sánchez-Palacios Paiva, (2009) lo define de la siguiente manera:

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, y erra 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.

6. Determina las causales adjetivas para la selección de normas. (Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)

Sí cumple, se evidencia que los magistrados hicieron mención sobre la causal de infracción normativa por interpretación errónea del Artículo 11° del Decreto Supremo 008-2002-TR, norma material que menciona la pretensión del impugnante respecto la infracción normativa de la norma procesal relacionada a los trabajadores de confianza no sujetos a un control del tiempo de trabajo que no

se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo y por ende a las horas extras y sus incidencias.

1.2. Colisión:

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

No cumple, dado que no se evidencia la existencia de colisión normativa y/o principios, debido a que las causales de casación presentadas por el impugnante no produjeron confrontación de normas constitucionales y legales, por sobreposición de la naturaleza de la norma; sin embargo, en el caso en estudio se presentó una interpretación errónea de normas sustantivas relacionadas a la naturaleza que los trabajadores de confianza que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo no perciben horas extras.

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

No cumple. Al presentarse una colisión normativa de preceptos constitucionales y legales se emplea el control difuso o el test de proporcionalidad como criterio de interpretación jurídica, empero al presente en la actualidad diversos casos de interpretación jurídica errónea o infracción normativa de normas materiales, es necesario que ya sea un caso fácil o un caso difícil, se emplee el test de proporcionalidad como criterio de interpretación, fundamentándose en los diferentes pasos que tiene, siendo este test el más completo para que los magistrados puedan analizar y fundamentar el caso. En este sentido, el test de proporcionalidad comprende: el Principio de Idoneidad, el Principio de Proporcionalidad, el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto; correspondiendo a este indicador, el Principio o sub criterio de Idoneidad, el cual consiste “en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y

el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin” (STC. N° 0045-2004-AI, 2004)

En el caso en estudio, no se presentó el Principio o examen de Idoneidad, que en otras palabras es verificar la eficacia del medio para lograr el fin medida adecuada, apropiada o propicia para concretar el fin (García Yzaguirre, 2012, p. 321), ya que ante la vulneración de derechos fundamentales el magistrado emplea una medida para que se solucione, en este caso al haber interpretación errónea e infracción normativa, no fue necesario emplear este principio como parte del test.

Al respecto, siguiendo al autor (García Yzaguirre (2012) el exámen de idoneidad se define de la siguiente manera:

Toda limitación de un derecho fundamental debe tener un propósito constitucional, es decir, debe favorecer a un fin. El fin, (...), es un estado de cosas que aspira alcanzar y que pretende incrementar el goce de un derecho o bien constitucional o reducir su exposición al peligro u afectación. Un medio es un instrumento o medida empleado para materializar un determinado estado de cosas, es un “estado de cosas que se provoca para lograr el fomento de un fin. En el derecho un medio se implementa, en principio, a través de alguna norma jurídica o acto jurídico (ambos entendidos en sentido amplio) o hecho” (Clérico, 2009, citado por García Yzaguirre, 2012, p. 321).

Debe existir una relación medio-fin para que dicha medida sea constitucional. En ese sentido, el examen de idoneidad consiste en que toda medida debe ser adecuada, apropiada o propicia para concretar el fin al que se propone alcanzar. Es un análisis entre el cómo y el para qué de los cuales debe existir un resultado de cumplimiento del primero respecto del segundo, es decir, el propósito debe ser obtenido. Examinar la idoneidad es verificar la eficacia del medio para lograr un fin. (p. 321)

El test de proporcionalidad se encuentra definido por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

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

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

No cumple, Como bien se ha señalado el test de proporcionalidad *es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (FJ. 109) (Res. N° 0050-2004-AI/TC).*

Siendo el indicador correspondiente a aplicar el Principio o Exámen de Necesidad, el cual “busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o al menos que lo sean optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin” (STC. N° 0045-2004-AI). Por ello, este principio tiene que aplicarse conjuntamente con el principio de idoneidad, el cual según el caso en estudio no se presentó, por ende no fue necesario aplicarse.

En ese orden, para complementar la definición del Principio o Examen de Necesidad, el autor García Yzaguirre (2012) lo describe de la siguiente manera:

Al momento de operar alguna materia que involucra la afectación de derechos fundamentales, no podemos hacerlo en base a medios que no sean los más benignos, que se encuentren alternativas con resultados menos gravosos o que sean optativos con otras menos restrictivas, solo podemos manejarnos en base a aquello que no es indispensable.

¿Por qué? Operamos en base a una expectativa y en una constante realización de libertad negativa, ante la cual toda limitación debe de obedecer dos grandes justificaciones: afecte el menor grado de posible nuestros derechos y satisfaga en el mayor grado alcanzable aquello que pretende satisfacer.

Una vez que una medida ha superado el examen de idoneidad, debe ser sometida al segundo control de optimización fáctica: la necesidad del medio o juicio de indispensabilidad.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, o debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental (STC. N° 009-2007- AI. FJ 22). En un mismo sentido, se ha indicado que bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos (STC. N° 0045-2004-AI. FJ 39), posteriormente indicando que “para que una medida restrictiva de un derecho fundamental, no supere el sub principio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar con cuando menos igual

idoneidad el fin constitucional válido perseguido” (STC. N° 00032-2010-PI. FJ 93).

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

No cumple, no se evidencia la aplicación del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto, si bien se ha señalado en los indicadores precedentes que el test de proporcionalidad se aplica como criterio de interpretación, dependiendo del caso se emplea todos los pasos del test o algunos de ellos; en la sentencia suprema bajo análisis no fue necesario utilizar los dos anteriores sub criterios, por tanto no corresponde aplicar este principio.

Ahora bien, el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación o no realización de un principio y la satisfacción o realización del otro. Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, y tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional (STC N° 0045-2004-AI).

2. Respecto a la variable. Técnicas de interpretación: fueron empleadas por los magistrados adecuadamente en la Sentencia de la Corte Suprema.

Se derivó de la revisión de la parte considerativa en la motivación del derecho de la sentencia emitida por la Corte Suprema, equivalente a un total de **55 como puntaje**, siendo que la aplicación de las técnicas de interpretación fue adecuada debido a que los magistrados en la sentencia en casación reforzaron su fundamentación en base a doctrina, jurisprudencia, principios, y criterios de interpretación. Además es importante señalar que no se presentó una incompatibilidad normativa de principios y/o normas constitucionales y/o legales.

Al respecto, se llegó a determinar y evidenciar lo siguiente:

2.1. Interpretación:

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

Sí cumple, en el caso en estudio los magistrados emplearon la interpretación jurídica en base a los tres tipos: auténtica, doctrinal y judicial. La interpretación autentica consiste en que el Juez empleo una norma y no transcribió textualmente sino empleo el significado de la norma o dio una breve interpretación de la norma.

La interpretación doctrinal consiste en emplear definiciones doctrinarios y/o jurisprudencias para complementar su argumentación; en el caso en estudio se evidencia esto en el Cuarto, Quinto y Sexto Considerando de la Sentencia Suprema. Asimismo comprende el análisis de la norma aplicada en base no sólo a lo descrito en la ley, sino teniendo a juristas o jurisprudencias de acuerdo al caso, siendo los fundamentos de la Sala Suprema amparada en lo descrito en los “Fundamentos del 12 al 16” del Exp. N° 3501-2006-AA/TC LIMA de fecha quince de marzo de dos mil siete, el que aparece evidenciado en el Considerando Sexto. En la interpretación judicial, corresponde el análisis de la norma aplicada

en base al criterio del magistrado, que debe enmendar o corregir los errores o vicios efectuados por los magistrados anteriores; siendo que en el caso en estudio, y luego de la apreciación y valoración de fundamentos jurisprudenciales relacionados al caso, su análisis y conclusión fue que se corroboró la regulación del trabajador de confianza según Considerando Decimo Segundo.

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

Si cumple, en el sentido que los magistrados emplearon la interpretación declarativa pues señalaron el significado de la norma profundizando la interpretación del artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima del trabajador de confianza cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43° de la Ley de Productividad y competitividad laboral N° 728 que se relaciona para el Pago de Horas Extras o Sobretiempo tipificado en el Artículo 25°.- Jornada Ordinaria de Trabajo Constitución Política del Perú, normas fundamentales para determinar si es fundado o no el recurso de casación. La interpretación declarativa en sentido lato es cuando se interpreta a la palabra en toda la amplitud de su posible significado. Por otro lado, la interpretación declarativa en sentido estricto, se restringe el significado de la palabra a uno de los varios significados que en si misma pueda contener (Torres, 2006.p. 548)

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

Sí cumple, se evidencia la utilización del método de interpretación *ratio legis* que comprende en interpretar el sentido de las normas jurídicas empleadas, y que las mismas se relacionan a la pretensión y hechos señalados por el impugnante. Los

magistrados explicaron el significado de la siguiente normatividad del caso en estudio :

- Artículo 11° Decreto Supremo N° 008-2002-TR, relacionada a la jornada máxima de trabajo de los trabajadores de confianza
- Artículo 23° y 25° de la Constitución política del Perú
- Convenio de la OIT (Convenio sobre las horas de trabajo, aprobado por Resolución N° 10195, ratificado por el Perú).
- Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, que enmarca situaciones especiales de Personal de Dirección y Trabajadores de Confianza.
- Artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, (Ley de Jornada de Trabajo, Horario en Sobretiempo)

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

Sí cumple, se evidencia la *interpretación sistemática* que según el autor Bramont Arias citado por Torres (2006) “consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer”. (p. 566) En el caso en estudio, los magistrados interpretaron en forma lógica las normas en su conjunto pues determinaron la finalidad y naturaleza jurídica de los preceptos constitucionales y legales, descartando lo fundamentado por los anteriores magistrados, esto es la interpretación errónea de normas sustantivas e infracción normativa de normas procesales.

2.2. Integración jurídica:

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

No cumple, en el sentido que no se presentó un vacío o deficiencia en las normas constitucionales y jurídicas, por el contrario las normas aplicadas por los anteriores magistrados fueron correspondientes al caso empero su fundamentación fue erróneo, constituyendo todo ello en una interpretación errónea. No presentándose ningún vacío o laguna de la ley por lo que no se puede determinar ningún principio general del derecho en aplicar en la sentencia casatoria, por lo que en el presente caso solo se evidencio una infracción normativa del Artículo 11° del Decreto Supremo 008-2002-TR.

2. **Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia.** *(Antinomias)*

No cumple. La antinomia según Guastini citado por UNAM (s.f.) “es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas, esto quiere decir que en primer lugar, una antinomia puede (en muchos casos) ser evitada, prevenida, por medio de la interpretación; en segundo lugar, que una antinomia puede ser creada por la interpretación; en tercer lugar, que una antinomia puede solo presentarse con una interpretación ya realizada; en cuarto lugar, que, en consecuencia, una antinomia abre no un problema interpretativo (y por tanto no puede ser resuelta por vía de la interpretación), sino un problema de otra naturaleza. Para resolver una antinomia hay que “eliminar” una de las dos normas en conflicto (o, quizá, ambas)” (pp. 437-438).

De lo expuesto, podemos inferir que la antinomia se presenta cuando existen dos normas en conflicto por la interpretación que efectúa el juez o magistrado por ende en el caso en estudio no se presentó antinomias sino como bien se ha señalado interpretación errónea de normas sustanciales e infracción normativa de normas materiales Artículo 11° del decreto Supremo N° 008-2002-TR.

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

No cumple, al no presentarse un vacío o deficiencia en la norma no fue necesario integrarla a través de creación de normas, esto es porque en el caso en estudio se presentó interpretación errónea de normas sustanciales (Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR) relacionada a que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza cuya característica se encuentran definidos en el Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Argumentación jurídica:

1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la casación. (*Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial*) **Si cumple**, en el sentido que se evidencia la descripción del error *in iudicando* el cual comprende la existencia de vicios en el razonamiento judicial o vicios del juicio del tribunal (de la Sala Suprema) o infracción en el fondo, configuran irregularidades o defectos o errores en el juzgamiento, esto es, en la decisión que adopta el magistrado, esto se presenta tanto en los hechos como en el derecho (UNMSM, s.f.). Siendo que en el caso en estudio, se presentó el error *in iudicando* en el derecho por haberse presentado una infracción normativa del Artículo 11° del decreto Supremo N° 008-2002-TR.

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

Sí cumple, de lo descrito en los Considerandos 4 y siguientes se encuentra en forma explícita, es decir en forma detallada. Los componentes de la argumentación jurídica: premisas, inferencias y conclusión; son aquellos que permiten fundamentar el planteamiento de una tesis, el cual se divide en :

premisas (mayor y menor), inferencias conclusiones. En el caso en estudio se evidencio de la existencia de estos componentes, encontrandose desarrollados de forma clara y ordenada.

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

Si cumple , esto es en el sentido que se evidencia de forma implícita las premisas mayor y menor como parte de la fundamentación jurídica, esto se refleja en los Considerando 4 y siguientes que realiza la descripción del derecho (premisa mayor) y de la pretensión relacionada con los fundamentos fácticos (premisa menor). Empero, como bien se ha señalado, toda sentencia debe encontrarse debidamente motivada, así sea un caso fácil, debe de describir de forma coherente, claro, preciso y ordenado los fundamentos, situación que si bien fue claro, no se evidenció un orden lógico, por el contrario se evidenció algunos argumentos redundantes.

En ese contexto, se puede indicar que las premisas deben de efectuarse de la siguiente manera:

- **Premisa mayor:** 1) Interpretación errónea de normas sustantivas de los Artículo 11° del decreto Supremo N° 008-2002-TR) modificado por Decreto Supremo N° 012-2002-TR, modifica los artículos 11 y 24 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, en los términos siguientes : Artículo 11°, no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se encuentran definidas en el Art. 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, exceptuándose de lo previsto en este articulo, a los trabajadores cuyas cacaracterísticas se encuentran definidas en el artículo, a los trabajadores de confianza sujetos a control efectivo de tiempo de trabajo.
- **Premisa menor:** 1) Los anteriores magistrados de las sentencias precedentes interpretaron erróneamente las normas prescritas en el Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR, señalando que el demandante desempeñaba el cargo de trabajador de confianza sujeto a control por las

autorizaciones de salida vehicular y que en el Reglamento Interno de Trabajo indica que el trabajador deberá marcar su hora de ingreso y su hora de salida y que además el Actor dependía de la Unidad Organizativa Gerencia de Flota. Los anteriores magistrados cometieron infracción normativa de normas materiales relacionadas a la valoración de las pruebas que vulnera la observancia de la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales, por razón de que no se valoró pruebas presentadas por el impugnante los cuales relevantes al caso, siendo que ello implicó que los magistrados en segunda instancia se pronuncie sobre erradamente sobre el pago de horas extras. Al no tomar en cuenta que **son rasgos de la existencia de autonomía o fiscalización: i) no obligación de marcar cualquier ingreso/salida; ii) no hay solicitud de permisos para temas personales sino, a lo sumo, coordinaciones, iii) no existen descuentos por tardanzas; iv) no presentan sanciones por tardanzas; v) no hay la necesidad de compensar horas dejadas de laborar; vi) no se entregan comunicaciones y recordatorios sobre cumplimiento de horarios y jornadas; vii) no hay antecedentes de control de horas y horarios (récord) para aumentos, promociones, etc.**

En estos supuestos descritos, las personas no tienen derecho a horas extras.

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

Sí cumple, la inferencia comprende el análisis profundo de las premisas y se determina una conclusión, siendo que en el caso en estudio se evidenció la *Inferencia en Paralelo* (pueden causar la existencia de dos o más consecuencias: declarar fundado el recurso y otra es ordenar su publicación en el diario oficial) empero si bien señaló los fundamentos, debía de ampararse no sólo en las pretensiones, fundamentos fácticos, medios probatorios sino también en doctrina, jurisprudencia y principios constitucionales:

- Las normas trasgredidas de derecho sustantivo y adjetivo con relación al Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR fue por motivo que, en primer lugar, el juez de la Sala Laboral – Sede Periférica 1 de la Corte Superior de Justicia del Santa primera instancia no tuvo en cuenta los rasgos durante el desarrollo del trabajo del demandante como : **i) no obligación de marcar cualquier ingreso/salida;** ii) no hay solicitud de permisos para temas personales sino, a lo sumo, coordinaciones, iii) no existen descuentos por tardanzas; iv) no presentan sanciones por tardanzas; v) no hay la necesidad de compensar horas dejadas de laborar; vi) no se entregan comunicaciones y recordatorios sobre cumplimiento de horarios y jornadas; vii) no hay antecedentes de control de horas y horarios (récord) para aumentos, promociones, etc.

- Por otro lado, El Juez no valoro la confesión de parte vertida por el Actor en la vista de la causa ante la Sala Superior , en la cual el Actor admitió (según consta en el Video N° 577 minuto 48 al 49:48) que no tenía un horario específico de labores y que quien anotaba el ingreso y salida era el vigilante en un cuaderno en tal sentido las autorizaciones de salida vehicular que corren en autos no son medios de prueba para acreditar que laboro horas extras, como tampoco lo es el Manual de Funciones de la demandada donde consta que el actor tenía un jefe inmediato, pero que no haya trabajado en sobretiempo.

- Del análisis sostenido, la consecuencia jurídica de la sentencia suprema fue: ***a) FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Corporación Pesquera Inca S.A.C., (...); CASARON la sentencia de vista (...), contenida en la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, emitida por la Sala Laboral – Sede Periférica 1 de la Corte Superior de Justicia Del Santa, solo en el extremo que declara fundada pretensión referida al pago de horas extras y sus incidencias en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios; y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la sentencia apelada de fecha diez de Julio de dos mil catorce en el extremo que declaro infundado el pedido de pago de horas extras así como su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y***

compensación por tiempo de servicios; b) DECLARARON, que el criterio establecido de la sentencia constituye precedente obligatorio por las instancias inferiores respecto a la interpretación que debe recibir el Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” y en la Pagina Web del Poder Judicial.

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

Si cumple, se evidenció la *conclusión múltiple* debido a que se presenta una *conclusión principal* que declara **FUNDADA** la casación, y presenta una *conclusión simultánea* **DECLARANDO** de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores el criterio establecido y **ORDENA** , la publicación de texto de la Sentencia en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página Web del Poder Judicial.

6. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional y jurídica. *(a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de ley orgánica; s) Principio de unidad de la Constitución; t) Principio de indubio pro legislatore; u) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)*

Sí cumple, se evidencia la aplicación de principios esenciales para la interpretación constitucional y jurídica por lo que corresponde la aplicación de algunos de ellos que son correspondientes al caso: *a) Principio de coherencia normativa*, este principio se relaciona con la jerarquía normativa prescrita en el Art. 51° de la Constitución Política del Estado; *b) Principio de concordancia práctica con la Constitución*, coordina el contenido del derecho constitucional y legal para incorporar en su interpretación; *c) Principio de congruencias de las sentencias*, el juez debe de pronunciarse respecto de las pretensiones postuladas; *d) Principio de Eficacia Integradora de la Constitución*, busca la coherencia interpretativa; *e) Principio de la Fuerza Normativa de la Constitución*, es solo una especificación pedagógica de la regla de supremacía de la Constitución; *f) Principio de la Tutela Jurisdiccional*, incorporada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución; *g) Principio de razonabilidad y proporcionalidad*, relacionada a la ponderación de derechos; *h) Principio del Debido Proceso*, cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el derecho. (Rubio Correa, 2015)

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

Sí cumple. Según (Zavaleta, 2014) los argumentos interpretativos son aquellos instrumentos de justificación del significado conferido a los enunciados elegidos para resolver el caso. En la Sentencia se evidencia que la norma del Artículo 11° del decreto Supremo N° 008-2002-TR, referida a los requisitos para acceder a que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se ha desarrollado con argumentos interpretativos, trasladando la norma al caso concreto, aplicando la técnica de interpretación de *argumento de autoridad* que consiste en recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para establecer el significado de una categoría, un principio o una determinada disposición jurídica, asimismo se evidenció revisión

de doctrina para sus propios argumentos de los magistrados; y también se evidenció el *argumento a partir de principios*, que en base a la función interpretativa, los magistrados aplican reglas como la utilización de principios de los mencionados en el indicadores precedentes.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018, se evidenció que **a veces** se presentó la incompatibilidad normativa, asimismo las técnicas de interpretación empleadas fueron **adecuadas**, (Cuadro Consolidados N° 3).

Sobre la incompatibilidad normativa:

Respecto a la variable incompatibilidad normativa, de sus dimensiones “exclusión” y “colisión”; se derivó de la revisión de la parte considerativa en la motivación del derecho de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, en donde se evidenció que los magistrados emplearon los criterios de validez formal es decir comprobaron la vigencia de la norma seleccionada y que no haya sido derogada como es el (Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR) relacionada a que no se encuentran comprendidos en jornada máxima los trabajadores de confianza cuya característica se encuentra definidos en el Artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y de otra parte verificaron su constitucionalidad y legalidad de las normas seleccionadas – Especialidad de la Norma Jurídica (Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR) causal de infracción normativa, el mismo que se encuentra comprendida en el artículo 386° del CPC como causal de interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material) los magistrados fundamentaron y argumentaron en qué consistía y la finalidad de dicha causal; y ello se evidenció.

No se evidenció en la sentencia objeto de estudio, conflicto normativo por la que desencadenara en apartarse una norma de otra al no haberse transgredido en si la

propia validez tanto formal como material que encierra una norma.

No fue necesario el empleo del control difuso pese a que siendo un deber de todo magistrado, ante la no existencia de colisión de normas o ausencia de uniformidad en las decisiones judiciales, inaplicar la ley incompatible con la Constitución para el caso concreto, según el artículo 138° de la Constitución Política del Perú. Encontrándose una sentencia casatoria con motivación válida respectivamente.

En consecuencia en el caso en estudio **a veces** se presentó una incompatibilidad normativa.

Sobre a las técnicas de interpretación:

- 2. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “interpretación” se derivó de las sub dimensiones:** “sujetos”, “resultados”, “medios”, en donde en dicha sentencia emitida por la Corte Suprema emplearon solo artículos que describen la causal de la casación (infracciones normativas), y en base a ello interpretaron la norma agregando normas de carácter legal y procesal para complementar su argumentación.
- 3. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “integración” se derivó de las sub dimensiones:** “principios generales”, “laguna de ley”, y “argumentos de integración jurídica”, siendo que en el caso en estudio no se presentó un vacío o deficiencia en la ley para que se aplique la integración del derecho, por cuanto se complementó la interpretación de los magistrados con doctrina.
- 4. Respecto a la variable *técnicas de interpretación*, de su dimensión “argumentación” se derivó de las sub dimensiones:** “componentes”, “sujeto a” y “argumentos interpretativos”; los magistrados fundamentaron sus argumentos en base a premisas, inferencias y conclusiones (componentes), complementando sus argumentos en base a principios como el de **Coherencia Normativa** que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí, **el Principio de Tutela Jurisdiccional** que se encuentra incorporada en el inciso 3 del artículo 139° de la

Constitución.

En conclusión las técnicas de interpretación se aplicaron **adecuadamente** en la sentencia en estudio, encontrándose debidamente motivada.

5.2. Recomendaciones

En el presente caso en estudio, las técnicas de interpretación son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018; en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

Las resoluciones judiciales emitidas por los magistrados son un tema álgido para la sociedad ya que ello significa garantía procesal de rango constitucional; por lo que es competencia de los jueces emitir autos debidamente motivados y fundamentados detallándose los motivos por los cuales falla a favor o en contra del impugnante en función de su naturaleza de la institución jurídica; cuya finalidad es de brindar seguridad jurídica en el país, para lo cual los jueces deben cumplir con parámetros como destrezas de lógica y razonamiento jurídico, aplicación correcta de las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales asimismo guiarse del 1 manual de redacción de resoluciones judiciales elaborado por la academia de la magistratura cuya finalidad es aplicar técnicas y recomendaciones que aseguran la eficacia de la Ley a través de las resoluciones judiciales. Como es el caso de las sentencias en casación

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

Es necesario que a toda fundamentación de sentencia sobre todo en casación debe no sólo de ampararse en la normatividad o en las máximas de la experiencia, sino basándose en principios constitucionales y fundamentales, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 0010-2002-AI/TC., S. E. (2002). *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima- Perú: STC. (03,Enero 2003) EXP. N° 0010-2002-AI/TC.
- Abad, S y Morales, J. (2005). El Derecho de Acceso a la Informacion Pública Privacidad de la Intimidad Personal y Familiar. En *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo* (1ra. ed., págs. 81-116). Lima, Peru: Gaceta Jurídica.
- Abad, S. M. (2005). *EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Academia de la Magistratura. (2003). *Virtudes y Principios del Magistrado* (Primera ed.). (A. d. Magistratura, Ed.) Lima, Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral Peruano* (Tercera Edición ed.). (J. Editores, Ed.) Lima, Perú.
- Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Enciclopedico del Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Enciclopedico del Derecho Usual* (Vol. 24). Buenos Aires , Argentina: Heliasta.
- Carrasco, C. (2017). *Control Difuso*.
- Castillo Calle, M. (2012). Recuperado el 20 de enero de 2018, de http://www.derechocambiosocial.com/revista028/norma_jurídica.pdf
- Castillo Calle, M. A. (2012). *Criterios de Validez de la Norma Jurídica*. Obtenido de LA NORMA JURIDICA EN EL SISTEMA LEGISLATIVO PERUANO: <http://www.derechocambiosocial.com>
- Castillo Calle, M. (2012). *Portal Derecho y Cambio Social*. Obtenido de http://www.derechocambiosocial.com/revista028/norma_juridica.pdf

Castillo, J. (2004). Interpretación Jurídica. *Gaceta Jurídica* , pp. 97-146.

Católica, U. *Tesis de Investigación*. Chimbote - Perú: Sede central.

CELAYA, U. D. (2011). *MANUAL PARA PUBLICACION DE TESIS DE LA UNIVERSIDAD DE CELAYA*. Obtenido de CENTRO DE INVESTIGACION:
<http://www.educ.edu.mx>

Chiassoni, P. (2010). *Antinomias*. Lima, Perú: Ara.

Chiassoni, P. (2010). *Interpretación y Razonamiento Jurídica V.* (Vol. II Colec. Filosofía y Teoría del Derecho N° 3.). Lima: Ara.

Constitución Política del Perú. (1993). Lima.

Correa, R. (2012). *Argumentos de integración Jurídica*. Lima Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Correa, R. (2013). *principio de constitucionalidad de las leyes*. Lima Peru: PUCP.

E., F. (2014). Importancia de la debida Motivación. En F. E., *El Derecho a la debida Motivación* (págs. 17-22). Lima, Perú: Gaceta Constitucional.

Española, R. A. (2001). Recuperado el 2018, de lema.rae.es/drae/

Española, Real Academia de la Lengua y Asociación de Academias de la Lengua

Española. (2006). *Diccionario de la Lengua Española*. (1era. ed.). Madrid: Espasa Calpe.

EXP. 0008-2003-AI/TC, Fundamento 26, 0008 (Tribunal Constitucional 2003).

Exp. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 18, 0008 (Tribunal Constitucional 2005).

Exp. 1124-2001- AA/TC, Fundamento 7, 1124 (Tribunal Constitucional 2001).

Exp. 1124-2001-AA/TC, Fundamento 12, 1124 (Tribunal Constitucional 2001).

Exp. 4922-2007-PA-TC (Tribunal Constitucional).

Exp. N° 0003-2008-PI-TC (Tribunal Constitucional 2008).

Exp.N°008-2005-PI/TC, Fundamento 23, 008 (Tribunal Constitucional 2005).

Figueroa, E. (2014). *Importancia De La Debida Motivación: Sus implicancias desde la argumentacion. El Derecho a la debida Motivacion, Pronunciamientos del TC sobre la obligacion de justificar las decisiones judiciales y administrativas*. Gaceta Consticucional.

Gaceta Jurídica. (2004). Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentacion y Motivación de las Resoluciones Judiciales. (1era. Ed.).

Garcia Yzaguirre, J. (2012). *TEST DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS*. Lima, Perú: ADRUS S.R.L.

García, M. (2003). *La Cuestión de los Principios* (Nro.3 ed.). Lima: Palestra.

Gascón, M. (2003). *Particulares de la Interpretación Constitucional*. Lima, Perú: Palestra.

H. -S. (2014). *Metodología de la Investigación*. México-México, México: Mc. Graw Hill.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2010). *Metodologia de la Investigacion*. (5ta. ed.). México.

Hernández-Sampieri, R. Fernández, C. & Batista, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta. ed.). México: Mc Gra Hill.

Jurídica, G. (2004). *RAZONAMIENTO JUDICIAL, INTERPRETACION, ARGUMENTACION Y MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*. LIMA PERU: El Buho E.I.R.L.

Jurídica, G. (2007). *Vocabulario del Uso Judicial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Lenise Do Prado, M. Quelopana Del Valle, A. Compean Ortiz, L. Resendiz Gonzáles, E. (2008). El Diseño en la Investigación Cualitativa. (O. P. Salud, Ed.) *PALTEX Salud y Sociedad*, 2000 (N° 9), pp. 87-100.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. (27 de 03 de 1997). art. 43°. Lima, Perú.

M., G. (2003). *La Argumentación del Derecho* (N° 3 ed.). Lima, Perú: Palestra.

M., G. (2003). La Cuestión de los Principios. En M. & Gascón, *La Argumentación en el Derecho* (N° 3 ed., págs. 228-256). Lima, Perú: palestra.

Mazzarese, T. (2010). *Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones Lógicas y Epistemológicas*. (Vol. N° 3). Lima: Ara.

Mazzarrese, T. (2010). Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. En R. C. En Guastini, *Interpretacion y Razonamiento Jurídico* (N° 3 ed., Vol. II, págs. 231-261). Lima: Ara.

Mesa, E. (10 de 06 de 2016). *vicios en la Argumentación*. (l. r. web, Ed.) Obtenido de <http://www.ijf.cjf.gob.mx>

Miyagusuku, T. (2011). Guía Laboral. *Gaceta Jurídica*, 5to.

Münchener Kommentar, R. (2000). München.

Neves Mujica, J. (1993). La uniformización jurisprudencial en el ámbito laboral. *Asesoría Laboral* (N° 36), p.20.

Núñez Santamaria, D. (2012). *“La casación en el Estado Constitucional del Ecuador”*. Recuperado el 27 de 07 de 2015, de [//tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.p](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.p)

Núñez Santamaria, D. M. (2012). *la Casación en el Estado Constitucional de Ecuador*. (C. ECUADOR, Ed.) Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe>

Paiva, S.-P. (2009). *el recurso de Casación Civil* (4ta. ed.). (J. Editores, Ed.) Lima, Perú: E.I.R.L.

Pérez Botija, E. (1944). *Salarios*. Madrid.

Perú, P. J. (2018). *Diccionario Jurídico*. Recuperado el 21 de enero de 2018, de www.pj.gob.pe

Perú, P. J. (2015). www.pj.gob.pe. (P. J. Perú, Editor) Obtenido de Diccionario Jurídico: http://histórico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=308

Poder Judicial del Perú. (2018). www.pj.gob.pe. (P. J. Perú, Editor) Obtenido de Diccionario Jurídico: http://histórico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=308

R., Z. (2014). *La motivación de las resoluciones Judiciales Como Argumentacion Jurídica*.

En c. D. Tribunales, *La motivacion de las resoluciones* (N° 6 ed., págs. 303-339). Lima, Peru: Grijley.

Rubio Correa, M. (2013). *Principio de Constitucionalidad de las Leyes. LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION SEGUN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

Rubio Correa, M.A. (2012). *EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Salcedo Ortega, E. F. (10 de Junio de 2013). <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/466/1/T-UCSG-POS-MDP-11.pdf>. Recuperado el 15 de Junio de 2018

Sánchez-Palacios Paiva, M. (2009). *El recurso de Casación Civil* (4ta. ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

STC. Exp. N° 0001-0003-2003-AI-TC: (Tribunal Constitucional 2003).

STC. Exp. 0018-2003-AI-TC de fecha 26.04.2006 (Tribunal Constitucional 26 de Abril de 2006).

STC. Exp. 0045-2004-PI-TC de fecha 29.10.2005 (Tribunal Constitucional 29 de 10 de 2005).

STC. Exp. N° 0010-2002-AI/TC de fecha 03.01.2003 (Sentencia del Tribunal Constitucional. 03 de Enero de 2003).

STC. Exp. N° 0027-2006-PI-TC de fecha 21.11.2007 (Sentencia del Tribunal Constitucional 2007).

STC. N° 0045-2004-AI (Tribunal Constitucional 2004).

STC. (2006). *SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Lima, Perú: EXP: N° 0018-2003-AI-TC.

STC. (2005). *STC. Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: EXP: N° 0045-2004-PI-TC.

STC. (2007). *STC.21 Noviembre 2007*. Lima, Perú: EXP: N° 0027-2006-PI-TC.

STCP. (2004). *Sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima Perú: EXP: N° 0045-2004-PI-TC.

Torres, A. (2006). *Métodos de Interpretación. Introducción al Derecho*. Lima, Peru: IDEMSA.

Torres, A. (2006, p.291). *Metodos de Interpretacion. INTRODUCCION AL DERECHO*. Lima, Perú: IDEMSA.

Torres, A. (2006). *TEORIA GENERAL DEL DERECHO*. Lima, Perú.

Torres, A. (2006). *V. Los principios generales del Derecho. INTRODUCCION AL DERECHO*. Lima: IDEMSA.

Toyama Miyagusuki, J. &. (2014). *“Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”*. Lima, Lima: Themis.

Trabajo, M. d. (2015). *Glosario de termino de temas de empleo*. Obtenido de www.mintra.gob.pe: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=165>
ULADECH. (2016). Chimbote.

Universia. (s.f.). www.emplea.universia.es. Obtenido de http://www.emplea.universia.es/informacion/dcho_laboral/contrato_laboral/

Universidad de Celaya. (Agosto de 2011). (Centro de Investigacion de la Universidad de Celaya) Obtenido de www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf

Valderrama, S. (. *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima-Perú: San Marcos.

Valderrama,(s.f. *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima, Perú: San Marcos.

Zavaleta, R. (2014). *Argumentos Interpretativos. La Motivación de las resoluciones Judiciales como Argumentación Jurídica*. Lima: Grijley.

**A
N
E
X
O
S**

ANEXO 1

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

OBJETO DE ESTUDIO	VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES
SENTENCIA (PARTE CONSIDERATIVA – MOTIVACIÓN DEL DERECHO)	INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA	Exclusión	Validez formal	<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir validez formal. (Basado en tomar en cuenta la validez formal de la norma constitucional; es decir, verificar o comprobar la vigencia de la norma seleccionada, que no haya sido derogada o abrogada – Temporalidad de la Norma Jurídica) Si cumple / No cumple</p> <p>2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) Si cumple / No cumple</p>
			Validez material	<p>1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, teniendo en cuenta la validez de la norma, es decir validez material. (Basado en tomar en cuenta la validez material a la norma legal; es decir, verificar su constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) Si cumple / No cumple</p> <p>2. Los fundamentos evidencian que las normas seleccionadas (tanto constitucionales y legales) han sido adecuadas a las circunstancias del caso. (Es decir, tomando en cuenta la(s) pretensión(es) y sus alegaciones fácticas como jurídicas del impugnante y del representante del Ministerio Público) Si cumple / No cumple</p> <p>3. Determina las causales sustantivas para la selección de normas. (Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implicantes) Si cumple / No cumple</p> <p>4. Determina las causales adjetivas para la selección de normas. (Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró) Si cumple / No cumple</p>
		Colisión	Control difuso	<p>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. Si cumple / No cumple</p> <p>2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s)) Si cumple / No cumple</p> <p>3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad. (El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado) Si cumple / No cumple</p> <p>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. (El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental) Si cumple / No cumple</p>

TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (<i>Auténtica, doctrinal y judicial</i>) Si cumple / No cumple
		Resultados	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (<i>Restictiva, extensiva, declarativa</i>) Si cumple / No cumple
		Medios	1. Determina los criterios de interpretación jurídica de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir, entender las normas civiles que garantizan el proceso. (<i>Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico</i>) Si cumple / No cumple 2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en todo sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (<i>Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica</i>) Si cumple / No cumple
	Integración	Principios generales	1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (<i>Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley</i>) Si cumple / No cumple
		Laguna de ley	1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (<i>Antinomias</i>) Si cumple / No cumple
		Argumentos de integración jurídica	1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. Si cumple / No cumple
	Argumentación	Componentes	1. Determina el error “in procedendo” y/o “in iudicando” para la materialización de la nulidad. (<i>Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial</i>) Si cumple / No cumple 2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (<i>Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión</i>) Si cumple / No cumple 3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (<i>Premisa mayor y premisa menor</i>) Si cumple / No cumple 4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (<i>Encascada, en paralelo y dual</i>) Si cumple / No cumple 5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (<i>Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria</i>) Si cumple / No cumple
		Sujeto a	1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (<i>a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de unidad de la Constitución; s) Principio de indubio pro</i>

				<i>legislature; 1) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales) Si cumple / No cumple</i>
			Argumentos interpretativos	1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (<i>Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios</i>) Si cumple / No cumple

ANEXO 2

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

1. CUESTIONES PREVIAS

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

En relación a la variable independiente: incompatibilidad normativa

- 5.1. Las sub dimensiones de la dimensión “Exclusión”, son 2: *validez formal* y *validez material*.
- 5.2. Las sub dimensiones de la dimensión “Colisión”, es 1: *control difuso*.

En relación a la variable dependiente: técnicas de interpretación

- 5.3. Las sub dimensiones de la dimensión Interpretación, son 3: *sujetos, resultados* y *medios*.
- 5.4. Las sub dimensiones de la dimensión Integración, son 3: *Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica*.
- 5.5. Las sub dimensiones de la dimensión Argumentación, es 3: *componentes, sujeto a, y Argumentos interpretativos*.

6. Que la dimensión “Exclusión” presenta 6 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
7. Que la dimensión “Colisión” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
8. Que la dimensión “Interpretación” presenta 4 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
9. Que la dimensión “Integración” presenta 3 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
10. Que la dimensión “Argumentación” presenta 8 parámetros, se presenta en el instrumento para recoger los datos que se llama lista de cotejo.
11. Para asegurar la objetividad de la medición, en cada sub dimensión se ha previsto ciertos parámetros, que son criterios o indicadores de las variables, extraídos indistintamente en base a los contenidos provenientes de los objetivos específicos, los cuales se registran en la lista de cotejo.
12. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre incompatibilidad normativa, se califica en 3 niveles que son: por nunca, a veces, siempre, respectivamente.
13. **De los niveles de calificación:** la calidad de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio sobre técnicas de interpretación, se califica en 3 niveles que son: por remisión, inadecuada, y adecuada, respectivamente.
14. **Calificación:**
 - 14.1. De los parámetros: el hallazgo o inexistencia de un parámetro, en el texto de la sentencia en estudio, se califica con las expresiones: si cumple y no cumple.
 - 14.2. De las sub dimensiones: se determina en función al número de parámetros cumplidos.
 - 14.3. De las dimensiones: se determinan en función a la manera en que se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa.
 - 14.4. De las variables: se determina en función a la aplicación de sus dimensiones respectivas.
15. **Recomendaciones:**
 - 15.1. Examinar con exhaustividad: el Cuadro de Operacionalización de la Variable que se identifica como Anexo 1.
 - 15.2. Examinar con exhaustividad: el proceso judicial existente en el expediente.
 - 15.3. Identificar las instituciones procesales y sustantivas existentes en el proceso

judicial proveniente del expediente, incorporarlos en el desarrollo de las bases teóricas del trabajo de investigación, utilizando fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.

15.4. Hacer suyo, sistemáticamente, de los conocimientos y las estrategias previstas que facilitará el análisis de la sentencia de la Corte Suprema, desde el recojo de los datos, hasta la defensa de la tesis.

16. El presente anexo solo describe el procedimiento de recojo y organización de los datos.

17. Los cuadros de presentación de los resultados evidencian su aplicación.

2. PROCEDIMIENTOS PARA RECOGER LOS DATOS DE LOS PARÁMETROS.

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

La calificación se realiza conforme al cuadro siguiente:

Cuadro 1
Calificación aplicable a los parámetros

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

Fundamentos:

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

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

Cuadro 2

Calificación de la manera de la aplicación en la incompatibilidad normativa

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con la Validez formal y la Validez material	6	[0]
Si cumple con el Control Difuso	4	[2,5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Nunca*

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

Cuadro 3

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

Cumplimiento de los parámetros en una sub dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con los Sujetos, Resultados y Medios	4	[0]
Si cumple con la Analogía, Principios generales, Laguna de ley, y Argumentos de integración jurídica	3	[2,5]
Si cumple con los Componentes, Sujeto a, y Argumentos interpretativos.	7	[5]

Fundamentos:

- Se procede luego de haber aplicado las pautas establecidas en el Cuadro 1, del presente documento.
- Consiste en agrupar los indicadores cumplidos.
- La aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa se determina en función al número de indicadores cumplidos.
- *Para todos los casos el hallazgo de uno, o ninguno de los 5 parámetros previstos, se califica: Por remisión.*

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

Cuadro 4

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

Variables	Dimensiones	Sub dimensiones	Calificación			De la dimensión	Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión
			De las sub dimensiones					
			Nunca	A veces	Siempre			
			[0,5]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Exclusión	Validez Formal	3			5	[17 - 25]	5
		Validez Material	3				[9 - 16]	
	Colisión	Control difuso	4				[0 - 8]	
Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada			
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos		1		10	[52 - 75]	20
		Resultados		1				
		Medios		2				

Integración	Principios generales	1			0	[26 - 51]
	Laguna de ley	1				
	Argumentos de interpretación jurídica	1				
Argumentación	Componentes	5			10	[0 - 25]
	Sujeto a		1			
	Argumentos interpretativos		1			

Ejemplo: 7, está indicando que la incompatibilidad normativa a veces existe en la sentencias emitida por la Corte Suprema, el cual refleja una calificación de 10; asimismo, se evidencia que en la aplicación de las técnicas de interpretación en dicha sentencia fue adecuada, lo cual se refleja con una calificación de 32

Fundamentos:

- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a la incompatibilidad normativa, como: la Exclusión, y la Colisión.
- De acuerdo al Cuadro de Operacionalización de la Variable (Anexo 1), las dimensiones identificadas, respecto a las técnicas de interpretación, como: Interpretación, Integración, y la Argumentación.
- El valor máximo de la calificación corresponderá de acuerdo al hallazgo obtenido de los indicadores.
- Asimismo, para comprender todos los valores probables que surjan al organizar los datos, se establece rangos; éstos a su vez orientan la determinación de la aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa. Ejemplo: observar el contenido y la lectura ubicada en la parte inferior del Cuadro 4.

- La determinación de los valores y niveles de aplicación de las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa, se evidencian en el siguiente texto:

Valores y nivel de aplicación:

A. Incompatibilidad normativa

[17 - 25] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Siempre

[9 - 16] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = A veces

[0 - 8] = Cada indicador se multiplica por 0,5 = Nunca

B. Técnicas de interpretación

[52 - 75] = Cada indicador se multiplica por 5 = Adecuada

[26 - 51] = Cada indicador se multiplica por 2,5 = Inadecuada

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

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

ANEXO 3
DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre Reintegro de Beneficios Sociales, proveniente de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia contenido en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa - Lima. 2018 en casación. .

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

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

Lima, 15 Diciembre de 2018

Ida Tulloch Fernández
DNI N° 06238916 – Huella Digital

ANEXO 4

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015 DEL SANTA Reintegro de beneficios sociales PROCESO ORDINARIO NLPT

<p>SUMILLA: El personal de confianza que no se encuentre sujeto a fiscalización de su horario de trabajo, no tiene derecho al pago de horas extras.</p>
--

Lima, ocho de agosto de dos mil diecisiete

VISTA, la causa número catorce mil ochocientos cuarenta y siete, guion dos mil quince, guion **DEL SANTA**, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como ponente el señor juez supremo, **Arévalo Vela**; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, **Corporación Pesquera Inca S.A.C.**, mediante escrito de fecha trece de mayo de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos sesenta y ocho, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos cincuenta y siete que confirmó en parte la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha diez de julio de dos mil catorce, que corre en fojas mil noventa y ocho, que declaró fundada en parte la demanda, revocó el extremo que declaró infundado el pago de horas extras y su incidencia en gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, reformándola declaró fundado dicho extremo, confirmando lo demás que contiene; en el proceso seguido por **O. A. F. L.**, sobre reintegro de beneficios sociales.

CAUSAL DEL RECURSO:

Por resolución de fecha doce de mayo de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento quince del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso interpuesto por la causal de **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 11° del Decreto Supremo N°008-2002- TR**; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo sobre dicha causal.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

CONSIDERANDO:

Primero.- Vía Judicial

El actor interpone demanda de fecha quince de marzo de dos mil doce que corre en fojas doscientos treinta y ocho, subsanado en fojas doscientos sesenta y uno, solicitando el reintegro de beneficios sociales por la suma de dos millones setenta y siete mil ciento veintinueve y 00/100 Nuevos Soles (S/.2'077,129.00), más el pago de intereses legales, costas y costos del proceso.

Por sentencia de fecha diez de julio de dos mil catorce, que corre en fojas mil noventa y ocho, el Tercer Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia Del Santa declaró fundada en parte la demanda; y mediante Sentencia de Vista de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos cincuenta y siete, la Sala Laboral – Sede Periférica 1 de la mencionada Corte Superior confirmó en parte la resolución apelada, revocó el extremo que declaró infundado el pago de horas extras y su incidencia en gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, reformándola declaró fundado dicho extremo confirmando lo demás que contiene por considerar que el cargo de Bahía de Flota que ocupaba el actor era cargo de confianza y que estuvo sujeto a supervisión y control de su empleador, tal como se puede apreciar del Manual de Funciones y demás medios probatorios que corren en autos, concluyendo que el actor tiene derecho a las horas extras laboradas, reconociéndole cuatro horas diarias.

Segundo.- La Infracción normativa.

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, modificado por el artículo 1° de la Ley

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material; incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero.- En cuanto a la causal de **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 11° del Decreto Supremo N° 008 -2002-TR**; debemos decir que la causal de interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso específico; sin embargo, al momento de aplicarla a los hechos acreditados en el proceso le atribuye un sentido distinto al que le corresponde.

El mencionado artículo establece lo siguiente:

“(…)

Artículo 11.- No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, exceptuándose de lo previsto en este artículo, a los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo”.

Cabe anotar que este artículo fue modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 012-2002-TR, publicado el nueve de agosto de dos mil dos, razón por la cual en el presente caso corresponde analizar el texto modificado teniendo en cuenta que el actor cesó el doce de marzo de dos mil diez.

Cuarto.- Naturaleza jurídica de la jornada en sobretiempo

El trabajo en sobre tiempo puede definirse como aquellas horas trabajadas excediendo la jornada legal u ordinaria existente en un centro de labores, motivo por el cual su remuneración merece un tratamiento especial.

Como marco legal de la jornada de trabajo en el Perú encontramos las

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

Normas jurídicas siguientes:

4.1. Constitución Política del Perú

Los artículos 23° y 25° de la Constitución Política del Perú, disponen lo siguiente:

“(…)

Artículo 23.- (...) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (...)

Artículo 25.- Jornada ordinaria de trabajo

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio (...).”

4.2. Convenio OIT

El Convenio N° 1 de la OIT (Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919), aprobado por Resolución Legislativa N°10195 ratificado por el Perú el ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, ha establecido: “(...) Artículo 2 En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación (...) Artículo 5 1. En los casos excepcionales en que se consideren inaplicables los límites señalados en el artículo 2, y únicamente en dichos casos, los convenios celebrados entre las organizaciones patronales y las organizaciones obreras, en que se fije el límite diario de las horas de trabajo basándose en un período de tiempo más largo, podrán tener fuerza de reglamento si el gobierno, al que deberán comunicarse dichos convenios, así lo decide. 2. La duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en dichos convenios, no podrá en ningún caso exceder de cuarenta y ocho horas por semana (...).”

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

4.3. Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo

El artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-200 2-TR, publicado el cuatro de julio de dos mil dos, señala textualmente:

“(…) La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.

Se puede establecer por Ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.

(…)”.

Quinto.- El personal de dirección y los trabajadores de confianza

Esta Suprema Sala considera que dados los reiterados casos que se presentan para su decisión y la importancia del tema, es necesario desarrollar algunos conceptos teóricos sobre el personal de dirección y los trabajadores de confianza.

5.1. Evolución legislativa de la noción de cargo de dirección y de confianza

De una revisión histórica del Derecho Nacional tenemos que el tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular originalmente estuvo restringido al caso de los gerentes a que se refería la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123, sustituida posteriormente por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades, aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS.

Distinto fue el caso en el régimen laboral público donde sí existió una detallada normatividad sobre cargos de confianza.

En el año 1981, el tema de los trabajadores de confianza fue tratado de una manera específica por el Decreto Legislativo N° 39 solo para los casos del personal de confianza de las empresas periodísticas restituidas a sus propietarios las cuales habían sido confiscadas por el Gobierno Militar del General Velazco Alvarado.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

En el ámbito del Derecho Laboral el régimen de los trabajadores de confianza recién va a ser objeto de una adecuada regulación por el artículo 15° de la Ley N° 24514, el cual establecía que los cargos de confianza solo podrían ser desempeñados por trabajadores empleados.

Con la promulgación en 1991 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, se establecieron por primera vez diferencias entre los trabajadores de dirección y los trabajadores de confianza.

Las posteriores modificaciones que ha sufrido esta norma han mantenido esta diferencia, la que actualmente se encuentra en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL).

5.2. Definición de personal de dirección

El personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial, conforme el primer párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Conforme a la doctrina, los trabajadores de dirección son los altos directivos que representan o sustituyen al empleador, los mismos que se encargan de administrar, dirigir, controlar y fiscalizar la actividad empresarial, ejemplo de este cargo es el gerente general de una empresa.

Sin que la enumeración sea taxativa, en la legislación peruana encontramos expresamente señalados los casos de personal de dirección siguientes:

- a) Los Gerentes de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo N° 1031).

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

- b) El Gerente de una sociedad anónima (artículo 187° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).
- c) El Gerente de una cooperativa (artículo 35° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por el Decreto Supremo N° 074-90-TR).
- d) Los Jefes de relaciones industriales o los que hagan sus veces (Decreto Ley N° 14371).
- e) Todos aquellos casos que la ley lo establezca así.

5.3. Definición de trabajadores de confianza

Los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003 -97-TR.

El autor BLANCAS BUSTAMANTE¹, define al personal de confianza en los siguientes términos: *“Los que laboran personal y directamente con el empleador (...) En este grupo se comprende (...) a personal que realiza labores de asistente, secretaria, chofer o conserje, para dicha categoría de empleados. Su calificación como “trabajador de confianza” no depende, por ello, de la jerarquía del cargo que desempeñan, sino del hecho de tener una relación personal y directa, de carácter laboral (...)”*.

¹ Blancas Bustamante, Carlos. *“El despido en el derecho laboral peruano”*. Tercera Edición. Perú: Jurista Editores, 2013, p. 588-589

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

NÉSTOR DE BUEN² considera que: *“El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...)”*.

Al igual que en el caso anterior, sin que esta enumeración sea taxativa, podemos mencionar los casos de trabajadores de confianza siguientes:

- a) Personal que labora en contacto directo con el personal de dirección realizando funciones de asesoría, tal como sería el caso de sus asesores legales o asesores técnicos.
- b) Personal que labora directamente en funciones de apoyo de los trabajadores de dirección, tal como es el caso de las secretarias, choferes y personal de seguridad.
- c) Personal que realiza labores jerárquicas que no califican como labor de dirección, tal como es el caso de los subgerentes, jefes de departamento, entre otros.
- d) Todos los demás casos que la ley lo establezca así.

5.4. Derechos del personal de dirección y de confianza

Además de todos los derechos que dispone el régimen laboral de la actividad privada es necesario precisar la situación jurídica de algunos derechos que comúnmente son reclamados en sede judicial por el personal de dirección o trabajadores de confianza.

5.4.1. Derecho a la indemnización por no goce oportuno del descanso vacacional

Esta Sala Suprema en la Casación N° 4371-2014 –LIMA de fecha

² DE BUEN, Néstor. *“Derechos del trabajador de confianza”*. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 14 y 15

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

cuatro de setiembre de dos mil quince, ha establecido que la correcta interpretación del artículo 24° del Decreto Supremo N° 012-92-TR, es el siguiente: *“Los gerentes o representantes de la empresa, a los que no les corresponde percibir la indemnización prevista en el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, son aquellos que tienen la condición de personal de dirección, es decir, aquellos que conforme el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquél funciones de administración y control, o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Se justifica esta exclusión porque dado el nivel jerárquico del personal de dirección, el mismo está en la posibilidad de decidir de forma voluntaria el hacer o no uso de su descanso vacacional en el periodo que le corresponda”*. Criterio que ha sido reiterado en diversas resoluciones casatorias como las recaídas en los Expedientes Nos. 2943-2015, 7855-2014 y 6898-2015.

5.4.2. Derecho al pago de horas extras

Sobre este derecho se considera que al trabajador de confianza solo le corresponde el pago de horas extras si su labor se efectúa sujeta a fiscalización horaria.

Al respecto, el profesor TOYAMA MIYAGUSUKU³ escribe: *“(…) Cabe indicar que hay personal que califica como de confianza, pero que sí se encuentra fiscalizado, esto es, sometido a un horario de trabajo, como ocurre con la secretaria del gerente general o con los analistas del área de contabilidad.*

Son rasgos de la existencia de autonomía o fiscalización: i) **no obligación de marcar cualquier ingreso/salida;** ii) no hay solicitud de permisos para temas personales sino, a lo sumo, coordinaciones; iii) no existen descuentos por tardanzas; iv) no presentan sanciones por tardanzas; v) no hay la necesidad de compensar horas dejadas de laborar;

³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2015, p.410.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

vi) no se entregan comunicaciones y recordatorios sobre cumplimiento de horarios y jornadas; vii) **no hay antecedentes de control de horas y horarios** (récord) para aumentos, promociones, etc.

En estos supuestos descritos-no fiscalización de tiempo-, salvo que exista un control de tiempo de trabajo, las personas no tienen derecho a horas extras (...)" (El sombreado es nuestro)

Sexto.- Posición del Tribunal Constitucional respecto del personal de dirección y trabajadores de confianza

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 3501- 2006-AA/TC LIMA, de fecha quince de marzo de dos mil siete, sobre el trabajador de dirección y de confianza ha establecido lo siguiente:

“(...)

12. Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad Competitividad Laboral (en adelante LPCL) considera que

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

13. Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación.
14. De otro lado, es de resaltar cómo se llega a adoptar tal cargo. Se llega de la siguiente manera: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza.
15. Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, se procederá de la siguiente manera:
- a) Se identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
 - b) Se comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y,
 - c) Se consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (...).”.

Sétimo.- Interpretación del artículo 11° del Decreto Supremo N° 008- 2002-TR

Esta Sala Suprema establece que el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008- 2002-TR, debe interpretarse de la siguiente manera: En el caso de trabajadores de confianza el control efectivo del tiempo de trabajo se refiere a la fiscalización del horario de trabajo y no al hecho de que el trabajador de confianza jerárquicamente dependa de otro funcionario al que le deba dar cuenta de sus labores o que su relación de dependencia funcional esté consignada en un documento de la empresa.

Octavo.- Solución del caso concreto

En caso sub examine está acreditado que el actor laboró del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y siete al doce de marzo de dos mil diez, siendo su último cargo el de Bahía de Flota, cargo de confianza; calificación que no ha sido cuestionada por el demandante.

Es materia de controversia en este caso determinar si el actor durante el tiempo que ejerció el cargo de confianza estuvo sujeto o no a fiscalización o control efectivo del tiempo de trabajo.

Durante el proceso no se ha probado que el actor haya estado sujeto a control de un horario de trabajo, por tanto de acuerdo a lo indicado en el considerando anterior no le correspondería el pago de horas extras, máxime si en la vista de causa ante la Sala Superior ha admitido (según consta en el Video N° 577 minuto 48 al 49:48) que no tenía un horario

**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT**

específico de labores y que quien anotaba el ingreso y salida era el vigilante en un cuaderno; en tal sentido las autorizaciones de salida vehicular que corren de fojas sesenta y cuatro a doscientos siete no son medio de prueba para acreditar que laboró horas extras, como tampoco lo es el Manual de Funciones de la demandada que corre en fojas doscientos treinta y tres, donde consta que el actor tenía un jefe inmediato, pero no que haya trabajado en sobretiempo; por lo que la causal denunciada deviene en **fundada**.

Noveno.- Doctrina jurisprudencial

De conformidad con el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el criterio establecido en el Séptimo Considerando constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores, el mismo que está referido a la interpretación que debe recibir el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia de los fundamentos que invocan.

Por estas consideraciones:

FALLO:

- 1- Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Corporación Pesquera Inca S.A.C., mediante escrito de fecha trece de mayo de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos sesenta y ocho.

- 2- En consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil quince, que corre en fojas mil doscientos cincuenta y siete **solo en el extremo que declara fundada la pretensión referida al pago de horas extras y su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios.** y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha diez de julio de dos mil catorce que corre en fojas mil noventa y ocho, en el **extremo que declaró infundado**

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 14847-2015
DEL SANTA
Reintegro de beneficios sociales
PROCESO ORDINARIO NLPT

el pedido de pago de horas extras así como su incidencia en las gratificaciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicios, con lo demás que contiene.

- 3- **DECLARAR** que el criterio establecido en el Sétimo Considerando de la presente sentencia constituye precedente de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la interpretación que debe recibir el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR.
- 4- **ORDENAR** la publicación del texto de la presente Sentencia en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página Web del Poder Judicial.
- 5- **NOTIFICAR** la presente Sentencia a la parte demandante, **O. A. F. L.**, y a la parte demandada, **Corporación Pesquera Inca S.A.C.**, sobre reintegro de beneficios sociales; y los devolvieron.

S.S.

AREVALO VELA

YRRIVAREN FALLAQUE

RODAS RAMIREZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

L.Ch.

ANEXO 5

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO

Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018

	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO DE INVESTIGACIÓN
GENERAL	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N° 14847- 2015 del Distrito Judicial del Santa -, Lima. 2018?	Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N° 14847-2015 del Distrito Judicial del Santa – Lima. 2018?
E S P E C I F I C O S	Sub problemas de investigación /problemas específicos (no se escriben, no se presentan en el proyecto de tesis, ni en la tesis-informe sólo se ha efectuado para facilitar la elaboración de los objetivos específicos	Objetivos específicos (son actividades necesarias para alcanzar el objetivo general)
	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>	<i>Respecto a la incompatibilidad normativa</i>
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad?	Determinar la incompatibilidad normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso?	Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.
	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>	<i>Respecto a las técnicas de interpretación</i>
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.
	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta a la integración en base a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a principios generales, laguna de ley y argumentos de interpretación jurídica.
¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos?	Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.	

ANEXO 6
LISTA DE INDICADORES
SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA

1.1. Exclusión:

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

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

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

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

- 5. Determina las causales sustantivas para la selección de normas.** *(Basadas en lo establecido por la doctrina: a) Aplicación indebida de la norma; b) Interpretación errónea de la norma; c) Inaplicación de la norma; y, d) Denuncias implicantes)*

- 6. Determina las causales adjetivas para la selección de normas.** *(Basadas en el Artículo 386° del Código de Procesal Civil, con la finalidad de determinar qué principio o derecho se vulneró)*

1.2. Colisión:

- 1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema.**
- 2. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de idoneidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** *(Las normas deben indicar accesibilidad, previsibilidad y tener un fin legítimo con relación al(os) derecho(s) fundamental(es) vulnerado(s))*
- 3. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio de necesidad proveniente del Principio de Proporcionalidad.** *(El magistrado elegirá la solución más efectiva y adecuada entre las alternativas posibles, con relación al derecho fundamental vulnerado)*
- 4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.** *(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)*

2. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

2.1. Interpretación:

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

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

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

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

2.2. Integración jurídica:

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

2. **Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia.** (*Antimonias*)

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

2.3. Argumentación jurídica:

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

2. **Determina los componentes de la argumentación jurídica.** *(Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión)*
3. **Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.** *(Premisa mayor y premisa menor)*
4. **Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse.** *(Encascada, en paralelo y dual)*
5. **Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento.** *(Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria)*
6. **Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional y jurídica.** *(a) acción positiva; b) Principio de coherencia normativa; c) Principio de concordancia práctica con la Constitución; d) Principio de congruencia de las sentencias; e) Principio de conservación de la ley; f) Principio de corrección funcional; g) Principio de declaración de la inconstitucionalidad como ultima ratio; h) Principio de defensa; i) Principio de dignidad de la persona humana; j) Principio de eficacia integradora de la Constitución; k) Principio de fuerza normativa de la Constitución; l) Principio de interdicción de la arbitrariedad; ll) Principio de jerarquía de las normas; m) Principio de legislar por la naturaleza de las cosas; n) Principio de no legislar por la diferencia de la persona; o) Principio de la prohibición de la regla solve et repete; p) Principio de razonabilidad y proporcionalidad; q) Principio de publicidad de las normas; r) Principio de ley orgánica; s) Principio de unidad de la Constitución; t) Principio de indubio pro legislatore; u) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales)*
7. **Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación.** *(Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la*

coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios).