



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO

**TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA
INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE
LA SENTENCIA CASATORIA DE LA CORTE SUPREMA
EXP. N° 2702-2015 DE LA CORTE SUPREMA LIMA 2018**

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

AUTOR

ELI ABANTO CHAVEZ

ASESOR

Dr. CHARLIE CARRASCO SALAZAR

LIMA - PERÚ

2018

JURADO EVALUADOR

Dr. David Saúl Paulett Huayón

Presidente

mgtr. Marcial Aspajo Guerra

Miembro

mgtr. Edgar Pimentel Moreno

Miembro

Dr. Charlie Carrasco Salazar

Asesor

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme salud y vida para lograr mí meta trazada.

A mi madre, esposa e hijos por darme la fortaleza para seguir adelante.

Eli Abanto Chávez

DEDICATORIA

A mi padre y a mi madre.

A mi esposa e hijos, de quienes recibí

Constes muestras de apoyo.

A todas personas, que luchan cada día
para tener un país mejor para nuestras
futuras generaciones.

Eli Abanto Chávez

RESUMEN

La tesis tuvo como objetivo general, determinar las Técnicas de Interpretación que intervienen respecto a incompatibilidad de normas constitucionales y legales, referentes al derecho de transacción extrajudicial, provenientes de la sentencia Casatoria de la Corte Suprema Exp. N° 2702-2015 de la Corte Suprema Lima 2018. La investigación fue de tipo cuantitativo cualitativo; nivel exploratorio descriptivo y diseño no experimental; retrospectivo, y transversal. La recolección de datos se realizó, de un expediente seleccionado mediante muestreo por conveniencia, utilizando las técnicas de la observación, y el análisis de contenido, y una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos. La Línea de Investigación reveló dos propósitos, uno inmediato y el otro mediato; el primero, quedará satisfecho con el análisis de sentencia casatoria pertenecientes a procesos individuales concluidos, determinándose en cada estudio la técnica de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras, que el segundo, propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia casatoria debidamente motivada

Palabras clave: interpretación, proceso civil, motivación, casación.

ABSTRACT

The thesis had as a general objective, to determine the Interpretation Techniques that intervene regarding the incompatibility of constitutional and legal norms, referring to the right of extrajudicial transaction, coming from the Casatoria judgment of the Supreme Court Exp. N ° 2702-2015 of the Supreme Court Lima 2018. The research was quantitative qualitative; descriptive exploratory level and non-experimental design; retrospective, and transversal. Data collection was done from a file selected by convenience sampling, using observation techniques, and content analysis, and a checklist, validated by expert judgment. The Research Line revealed two purposes, one immediate and the other mediate; the first one will be satisfied with the analysis of the casatory judgment pertaining to individual processes concluded, determining in each study the technique of interpretation before the incompatibility of constitutional and legal norms; while, that the second, purpose will be to contribute to the supreme organs issuing a casatoria sentence duly motivated

Keywords: interpretation, civil process, motivation, matching.

INDICE GENERAL

JURADO EVALUADOR	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
INDICE GENERAL	viii
ÍNDICE DE CUADROS	xiii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. REVISION DE LA LITERATURA	6
2.1. Antecedentes.....	6
2.2 Bases teóricas.....	7
2.2.1. El papel del Juez en el Estado de Derecho	7
2.2.1.1. El Poder Judicial en el Estado Legislativo de Derecho	7
2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho	7
2.2.2. Incompatibilidad Normativa	9
2.2.2.1. Conceptos.....	9
2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa.....	9
2.2.2.3. La exclusión.....	9
2.2.2.3.1. Criterios de validez de la norma	9
2.2.2.3.2. Jerarquía de las normas.....	11
2.2.2.3.3. Antinomias.....	13
2.2.2.4. La colisión.....	18
2.2.2.4.1. Concepto	18
2.2.2.4.2. Control Difuso	18

2.2.2.4.3. Test de proporcionalidad	21
2.2.3. Técnicas de interpretación	24
2.2.3.1. Concepto	24
2.2.3.2. La interpretación jurídica.....	24
2.2.3.2.1. Conceptos.....	24
2.2.3.2.2. La interpretación en base a sujetos.	25
2.2.3.2.3. La interpretación en base a resultados	26
2.2.3.2.4. La interpretación en base a medios	27
2.2.3.3. Integración jurídica	28
2.2.3.3.1. Conceptos.....	28
2.2.3.3.2. Finalidad de la integración jurídica	28
2.2.3.3.3. Principios generales	28
2.2.3.3.4. Laguna de ley.....	29
2.2.3.3.5. Argumentos de interpretación Jurídica.	30
2.2.3.4. Argumentación jurídica	32
2.2.3.4.1. Concepto	32
2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación.....	32
2.2.3.4.3. Argumentación en base a componentes.....	33
2.2.3.4.4. Argumentación en base a sujeto	35
2.2.3.4.5. Argumentos interpretativos.....	35
2.2.3.4.6. Teoría de la Argumentación Jurídica.....	42
2.2.3.4.7. Problemas de la actividad judicial	44
2.2.4. Derecho a la debida motivación.....	46
2.2.4.1. Importancia a la debida motivación.....	46
2.2.4.2. Debida motivación y argumentación en el razonamiento lógico de los jueces .46	
2.2.5. Derechos fundamentales	49

2.2.5.1. Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales.....	49
2.2.5.2. Conceptos.....	49
2.2.5.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho	50
2.2.5.4. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho	51
2.2.5.5. Derechos fundamentales vulnerados según caso en estudio.....	52
2.2.5.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio	54
2.2.5.7.1. Variación de tenencia de menor.....	54
2.2.6. Recurso de casación.....	55
2.2.6.1. Concepto	55
2.2.6.2. Fines de la casación	56
2.2.6.3. Causales	57
2.2.6.3.1. Causales sustantivas.....	57
2.2.6.3.2. Causales adjetivas	59
2.2.6.4. La previsibilidad de los fallos judiciales, la uniformidad de la jurisprudencia .	63
2.2.6.5. Requisitos de admisibilidad	64
2.2.6.5.1. Resoluciones recurribles	64
2.2.6.5.2. El plazo	65
2.2.6.5.4. Legitimidad para recurrir en casación	66
2.2.6.6. Errores in procedendo	66
2.2.6.6.1. El emplazamiento del demandado	66
2.2.6.6.2. La constitución propiamente de la relación procesal.....	67
2.2.6.6.3. La competencia del Juez	67
2.2.6.6.4. Legitimidad de las partes	67
2.2.6.7. Errores en el desenvolvimiento de la relación procesal.....	68
2.2.6.7.1. Impugnación de vicios procesales	68
2.2.6.7.2. Negación de la prueba.....	68

2.2.6.7.3. Prueba actuada sin citación contraria.....	68
2.2.6.7.4. Apreciación de la prueba	68
2.2.6.7.5. Citación para la sentencia	70
2.2.7. Sentencia casatoria.....	70
2.2.7.1. Etimología.....	70
2.2.7.2.1. La determinación de los hechos.....	71
2.2.7.2.2. La interpretación de los hechos	71
2.2.7.2.3. La subsunción	71
2.2.7.2.4. Motivación de la sentencia	72
2.2.7.2.5. Fines de la motivación	73
2.2.7.2.6. La clasificación de los fundamentos de la sentencia	74
2.2.8. El razonamiento judicial	75
2.2.8.1. El silogismo	75
2.2.8.2. La importancia del razonamiento jurídico	75
2.2.8.3. El control de la logicidad	76
2.2 Hipótesis	77
2.3 Marco Conceptual.....	77
III. METODOLOGIA	80
3.1. Tipo y nivel de la Investigación.....	80
3.2. Diseño de investigación.	81
3.3. Población y Muestra	81
3.4. Definición y operacionalización de variables y los indicadores.....	82
3.5. Técnicas e instrumentos.....	83
3.6. Plan de análisis.....	83
3.6.1. La primera etapa: abierta y exploratoria	83
3.6.1. La segunda etapa: Más sistematizada, en términos de recolección de datos	83

3.6.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos	84
3.6.3. La tercera etapa: Consistente en un análisis sistemático	84
3.7. Matriz de consistencia	85
7.8. Principios éticos.....	90
7.8.1. Consideraciones éticas.....	90
7.8.2. Rigor científico	90
IV. RESULTADOS	91
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	117
REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS.....	120
ANEXOS	123
ANEXO 1	124
ANEXO 2	127
ANEXO 3	134
ANEXO 4	135

ÍNDICE DE CUADROS

Resultados parciales de la sentencia de la Corte Suprema

Cuadro 1 Con relación a la Incompatibilidad Normativa.....91

Cuadro 2 Con relación a las Técnicas de Interpretación.....103

Resultados consolidados de la sentencias de la Corte Suprema

Cuadro 3 Con relación a la Incompatibilidad Normativa y a las Técnicas de Interpretación..... 114

I. INTRODUCCIÓN

La formulación del presente proyecto, 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

magistrados ordinarios evidencian de ésta manera una concepción pasiva de su específica función como jurisdicción judicial desde primera instancia hasta a nivel de suprema; es decir, que los jueces y magistrados tienen la función de administrar justicia por defectos o vacíos en la ley, por lo que su deber al momento de emitir sentencia es de integrar e interpretar adecuadamente tanto normas constitucionales y normas legales para un caso concreto, a fin de dar cumplimiento a su función primordial.

En base a ello, los magistrados deberán realizar una debida integración e interpretación de las normas constitucionales y legales, relacionados según caso en estudio al derecho de propiedad y otorgamiento de escritura pública, 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 mediante Sentencia Casatoria N° 2702-2015-Lima; emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica; donde declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas ochocientos ocho, interpuesto por A.CH.M (folios 1418); en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo del dos mil quince (folios 1389) expedida por la segunda sala de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano Ch. M. Con H. E. C. C., sobre variación de tenencia; intervino como ponente la Juez Supremo R.D.

Formulación del problema

¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa provenientes de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 2702-2015 de la Corte Suprema de Lima – Lima.2018?

Justificación del presente estudio

El presente trabajo de investigación surge 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 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.

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, en el Expediente N° 2702-2015 de la Corte Suprema 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.

II. REVISION DE LA LITERATURA

2.1. Antecedentes

Garro. Y. (2016). En Perú investigó sobre: “El uso indebido del recurso de casación como instrumento procesal extraordinario en el sistema de administración de la justicia peruana”, obteniendo como conclusiones lo siguiente: Se ha determinado que la existencia de Autos expedidos por las Cortes Superiores en revisión poniendo fin al proceso, influye en la satisfacción del justiciable por el debido proceso. Así también Se ha establecido, como producto de la contrastación de hipótesis que, la falta de coherencia y uniformidad en la jurisprudencia aplicada, afecta el nivel eficacia y eficiencia en la labor jurisdiccional. Como resultado de la investigación, ha quedado demostrado que el recurso de casación debe cumplir las formalidades establecidas para estos fines; toda vez que se ha comprobado como resultado del estudio que es utilizado indebidamente por los abogados como parte de la defensa, ante lo cual se hace necesario que a nivel del Poder Judicial se adopten las medidas más convenientes, en razón que su empleo retarda la Administración de Justicia. Es conveniente que con el fin de mejorar la Administración de Justicia, el Poder Legislativo debe crear un organismo independiente que cumpla las funciones que actualmente tiene el Órgano del Control de la Magistratura (OCMA) que es dependiente del Poder Judicial, buscando que al ser independiente sancionaría imparcialmente las inconductas funcionales y deficiente aplicación de la ley. (Garro Vasquez, 2016).

Avelar (2010), en San Salvador, investigó: “La Casación Civil en el Salvador”, y sus conclusiones fueron: (i) es considerado por la doctrina así como por nuestra legislación como un recurso extraordinario y no una tercera instancia, por exigir una serie de requisitos y formalidades para su interposición, determina en qué casos establecidos taxativamente darán lugar a la interposición del recurso de casación, de esta forma limita el conocimiento a tribunales específicos, para el caso la Sala de lo Civil, de la Corte suprema de Justicia. (ii) no tiene el carácter de los otros recursos por tener una estructura eminentemente formalista, es decir tiene una serie de requisitos de imperativo cumplimiento, con el objetivo principal de mantener la inviolabilidad de la ley y la uniformidad de la doctrina. (iii) al momento de interponer el Recurso de Casación muchas veces se cae en el error de citar como violadas en la expresión de agravios una serie de artículos que no tienen relación con las cuestiones debatidas, y

que, por tanto, no pudieron ser violadas por los tribunales de instancia. (iv) El recurrente debe de citar las leyes y doctrina que se suponen infringidas, debe expresarse, las causas del porque se considera infringida la ley, la exposición del error que se atribuye a la sentencia y la razón del porque se impugna. (v) Los recurrentes deben formarse técnicamente, respecto al Recurso de Casación, esto tendiente a crear un profesional, que tenga un bagaje de conocimiento que le permita recurrir de una sentencia de forma adecuada, es decir cumpliendo con todos los requisitos que exige la Ley.

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

El Estado de derecho es una ideología jurídica, pues no es consustancial al concepto de estado ser “de derecho”. Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece –dice Weber- “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”(García, 2003, págs. 288, 256).

2.2.1.2. El Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho

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 (Gascón, 2003, págs. 93, 126).

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo americano, que a diferencia del europeo, que no supero el “imperio de la ley” y donde, por tanto, las Constituciones fueron simples carta políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución (García, 2003, pág. 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 (García, 2003, pág. 23)

El paradigma del Estado Constitucional, por cuanto supone el establecimiento de vínculos políticos al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la suscripción de documentos normativos supranacionales (así los podemos apreciar en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de tribunales Regionales e Internacionales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

A quien corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter supra mayoritario o supra legal de los derechos hace que al final sean los jueces quienes, por cuanto llamados a hacer valer la constitución terminan ejerciendo esa función.

Las causas de este cambio son las siguientes:

- a. Los jueces pueden hacer valer la constitución en detrimento de la ley.
- b. Las propias cartas constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en detrimento del legislador.

2.2.2. Incompatibilidad Normativa

2.2.2.1. Conceptos

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

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. (Guastini, 2001, pág. 631 y 632)

2.2.2.2. Fundamento de la incompatibilidad normativa

La incompatibilidad normativa se fundamenta en la confrontación de la norma jurídica (ya sea esta constitucional y 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

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. 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. (Castillo J. , 2004, pág. 6)

La vigencia de una norma consiste en que la disposición jurídica, “haya sido creada siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente”. Es decir que la vigencia atañe a un concepto esencialmente formal: la producción de la disposición jurídica debe haber sido correcta. 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. (Castillo J. , 2004, pág. 7)

A. Validez formal

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

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

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 internacionales.
- 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. Antinomias

Conceptos

Desde un punto de vista analítico, parece más útil distinguir tres conceptos de antinomia, correlativos entre ellos tal como lo expone (Chiassoni, 2010, págs. 269, 317):

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).

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.

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.

Se trata además de un concepto estático: una antinomia es caracterizada en efecto sin hacer referencia alguna a las modalidades de su verificación y de su resolución. En la reflexión contemporánea sobre las antinomias, se suele distinguir diversos tipos de incompatibilidad normativa. Entre estos, a partir de una afortunada taxonomía delineada por Karl Engisch, no es la incompatibilidad “lógica” (que daría lugar a las “antinomias en sentido propio” o “propiamente dichas”, por un lado, a la cual se contrapone la incompatibilidad “teleológica”, “axiológica”, y de “principio” (que daría lugar, en cambio a las “antinomias impropias”) por el otro. Asimismo se suele distinguir además las incompatibilidades entre “simples normas”, o “reglas” (de detalle), o “precisas disposiciones”, las incompatibilidades entre reglas y “principios” y, finalmente, las incompatibilidades (a veces también denominadas “colisiones” entre principios. (Chiassoni, 2010, pág. 272 y 273)

Las Antinomias como incompatibilidades lógicas entre normas

Según Chiassoni (2010), se clasifican:

1. Normas contradictorias, normas contrarias: definiciones preliminares.-

Sí, para los fines de una teoría analítica de las antinomias, se asume que las normas jurídicas (generales) sean (oportunamente formulables o reformulables) como

enunciados sintácticamente condicionales y se considera además, que entre las formas más importantes de incompatibilidad normativa nos sea ante todo la incompatibilidad (que se suele llamarse) “lógica”, el primer concepto de antinomia puede ser precisado del siguiente modo: *Antinomia* es cualquier situación en la que dos normas jurídicas reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto (clases de supuestos de hecho concretos) consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles.

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

2. Del sentido común de los juristas al pragmatismo de los filósofos.- Las nociones de contradictoriedad y de contrariedad lógica habrían sido acuñadas para dar cuenta entre proposiciones (declarativas) y habrían 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.

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

Todo juez es competente para inaplicar en un caso concreto la totalidad parte de una ley, independientemente de la instancia en que se encuentre desempeñando el ejercicio de la función jurisdiccional. De este modo, son varios los órganos que ejercen la defensa de la Constitución.

En cambio, en el control concentrado, este poder se concentra en uno solo, en un órgano especializado llamado Tribunal Constitucional según Hans Kelsen. Como hemos notado, también puede estar integrado en el Poder Judicial, y denominarse Corte Constitucional o Sala Constitucional, lo importante es que lleve a cabo el control normativo de las leyes. (Gaceta Jurídica S.A, 2013, pág. 14).

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° 010-2002-PI-TC, 2002)

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:

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

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.

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.

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-AI/TC, 2006).

B. Pasos del test de proporcionalidad

La (STC. Exp. N° 0027-2006-AI/TC, 2006), 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.

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° 003-2008-PI-TC, 2008):

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. N° 045-2004-PI-TC, 2004)

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 certeros 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. N° 018-2003-PI-TC, 2003)

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)

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. (Rubio, Test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2011, pág. 134).

2.2.3.2.2. La interpretación en base a sujetos.

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. (Jurídica, 2004, pág. 47 y 48). 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).

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, pág. 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, pág. 558 y 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, pág. 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, pág. 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, pág. 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, pág. 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, pág. 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, pág. 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 Jurídica.

Rubio Correa (2012) sostiene:

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

Los argumentos de interpretación jurídica se clasifican en:

A. Argumento a pari

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).

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, 2012, pág. 145)

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. (Rubio, 2012, pág. 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 desquiparidad, porque el segundo sujeto tiene mayores aptitudes para realizar la acción o tomar la decisión. Es decir, establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, aquel otro que tiene mayores calidades para realizar 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. (Rubio, 2012, pág. 149).

E. Argumento a contrario

El argumento *a contrario* en 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, 2012, págs. 161, 162).

2.2.3.4. Argumentación jurídica

2.2.3.4.1. Concepto

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” (Meza, 2016).

2.2.3.4.2. Vicios en la argumentación

Se llaman vicios en la argumentación a las formas en que se argumenta incorrectamente, esto es, a las falacias (Meza, 2016).

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 simultaneas 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).

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

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

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

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

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

C. Teorías de la Argumentación Jurídica

Según Gascón & García (2003):

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere algunas precisiones.

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

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

a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto 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, conlleva 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 sobretodo un propósito regulador. Por lo tanto, para la teoría subjetiva la interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y las decisiones valorativas inherentes a la regulación legal; de otro modo más que de interpretación se debería hablar de intromisión. (p. 32).

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

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

los factores coyunturales que suelen ocurrir cuando se expide una ley, embalsamando e inmovilizando su sentido para siempre. (pp. 36-37).

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

acudirse 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

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. (Mazzarese, 2010, págs. 242, 243).

2.2.5.3. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

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

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

Señala (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 vulnerados según caso en estudio

En el caso en estudio mediante ejecutoria suprema de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince, ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales:

a. Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; refiere que no existe una razón lógico jurídica del por qué le es favorable la tenencia a la madre en los Estados Unidos sin haber mediado alguna prueba que considere su real situación físico y/o psicológica y así como la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, asimismo, no existe pronunciamiento debidamente motivado de la concurrencia de un síndrome de

alienación parental ni sobre la conducta procesal de la madre y como ha afectado la relación parental de la menor con su padre; que, no se hace referencia como deberá ser el cumplimiento del régimen de visitas y cuáles serían las medidas reparadoras; alega que no se ha incumplido con las pruebas ordenadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema como son: La declaración de parte que debió actuarse ante la propia Sala de Familia, respetando el principio de intermediación y de conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil; la entrevista a la menor (prueba especial) la que correspondía ser actuada directamente por la Sala de Familia con presencia del Ministerio Público y en forma reservada; Las pruebas psicológicas, que debieron ser emitidas por el equipo multidisciplinario de conformidad con el artículo 149 y 150 del Código de los Niños y los Adolescentes, agrega que el Ad-Quem estableció que la actuación de dichos medios probatorios se ejecutarían en los Estados Unidos, lo que ha conllevado una dilación del proceso desde el año dos mil nueve hasta el dos mil quince, sin embargo, no se ha actuado ninguna de las pruebas, por ello es que se ha concluido la apelada con votos dirimentes, violándose el artículo 396, última parte, del Código Procesal Civil.

b. Infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; sostiene que en el presente caso se ha probado que existe un acto de padrectomía y de síndrome de alienación parental, la conducta procesal de la demandada ha sido orientada a no cumplir con el régimen de visitas y lograr un nulo contacto con el padre, por lo que debe variarse la tenencia de la menor al padre.

En cuanto a la infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y los Adolescentes, tenemos que dicha norma regula como una de las causales de la variación de la tenencia, el incumplimiento del Régimen de Visitas, sobre el particular, el demandante aduce que esta norma no ha sido observada por el Colegiado Superior, empero, de acuerdo a las consideraciones precedentes, el Ad Quem inicia el análisis del caso a partir del incumplimiento del Régimen de Visitas a consecuencia del viaje a los Estados Unidos de Norteamérica que realizó su menor hija en compañía de la demandada, sin que exista autorización para ello, acción que ha sido criticada por

la Sala Superior (considerando décimo primero) pero que no ha logrado superar las consecuencias que dicha variación puede originar sobre la menor, como es la angustia al verse separada de su madre con quien vivió desde su nacimiento y, adicionalmente a ello de su hermana menor y la aflicción al incorporarse a un nuevo grupo familiar y educativo, variando sus costumbres y su ritmo de vida, más aún si está próxima a cumplir la mayoría de edad, por lo que, debe primar el interés superior de la niña, privilegiando su estabilidad emocional y su bienestar familiar, por consiguiente, no puede argumentarse la omisión de dicha disposición sustantiva, cuando ésta ha sido la base de la pretensión y de la Resolución de Vista cuestionada, por lo que, los argumentos sobre los cuales reposa la infracción que se denuncia, carecen de asidero.

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante A.M.C.M; **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.2.5.7. Instituciones jurídicas pertenecientes al caso en estudio

2.2.5.7.1. Variación de tenencia de menor

Variación de tenencia de menor se define bajo las siguientes características:

Según el caso de estudio los demandantes invocan como causales de su recurso de casación:

a) Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; refiere que no existe una razón lógico jurídica del por qué le es favorable la tenencia a la madre en los Estados Unidos sin haber mediado alguna prueba que considere su real situación físico y/o psicológica y así como la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, asimismo, no existe pronunciamiento debidamente motivado de la concurrencia de un síndrome de alienación parental ni sobre la conducta procesal de la madre y como ha afectado la relación parental de la menor con su padre; que, no se hace referencia como deberá ser el cumplimiento del régimen de visitas y cuáles serían las medidas reparadoras; alega que no se ha incumplido con las pruebas ordenadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte

Suprema como son: La declaración de parte que debió actuarse ante la propia Sala de Familia, respetando el principio de intermediación y de conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil; la entrevista a la menor (prueba especial) la que correspondía ser actuada directamente por la Sala de Familia con presencia del Ministerio Público y en forma reservada; Las pruebas psicológicas, que debieron ser emitidas por el equipo multidisciplinario de conformidad con el artículo 149 y 150 del Código de los Niños y los Adolescentes, agrega que el Ad-Quem estableció que la actuación de dichos medios probatorios se ejecutarían en los Estados Unidos, lo que ha conllevado una dilación del proceso desde el año dos mil nueve hasta el dos mil quince, sin embargo, no se ha actuado ninguna de las pruebas, por ello es que se ha concluido la apelada con votos dirimentes, violándose el artículo 396, última parte, del Código Procesal Civil.

b) Infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; sostiene que en el presente caso se ha probado que existe un acto de padrectomía y de síndrome de alienación parental, la conducta procesal de la demandada ha sido orientada a no cumplir con el régimen de visitas y lograr un nulo contacto con el padre, por lo que debe variarse la tenencia de la menor al padre.

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. (Sanchez-Palacios, 2009, pág. 32).

2.2.6.2. Fines de la casación

Según el artículo 384º 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. 2º inc. 2º 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. (Sanchez-Palacios, 2009, pág. 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. (Sanchez-Palacios, 2009, pág. 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. (Sanchez-Palacios, 2009, pág. 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.

C. Las excepciones

Iniciando el proceso, mediante la presentación del petitorio con su sustento en los hechos y en el derecho (demanda), que es la forma en que se ejercita la acción, el demandado puede deducir algunas de las excepciones que enumera

taxativamente el Art. 446 del Código y que de declararse fundadas, y según la que se hubiera deducido, produce los efectos que enumera el Art. 451 del Código. Frente a la acción surge la excepción que busca impedirla y destruirla.

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

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

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

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

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. (Sanchez-Palacios, 2009, págs. 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. (Sanchez-Palacios, 2009, pág. 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 exceptiona, 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 “legitimatio 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 lo 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).

2.2.7.2.1. 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 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):

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):

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):

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):

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):

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):

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

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

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

La conclusión de este tema es que la estructura de una resolución judicial está formada por un sinnúmero de silogismo, razonamientos destinados a justificar una decisión y consecuentemente su dominio es sumamente importante, no solo para los jueces, sino y en este caso para los abogados que preparan un recurso de casación. Los fundamentos de la sentencia deben estar hilvanados lógicamente, en forma deductiva, a fin de poder seguir y analizar la línea de pensamiento que siguió el juez. (pp. 133-134).

2.2.8.3. El control de la logicidad

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

- a) **Motivación aparente**, que se evidencia cuando los motivos de la sentencia se reposan en cosas que no ocurrieron o en pruebas que no se aportaron o bien, en formulas vacías de contenido que no condicen con la realidad del proceso, o que nada significan por su ambigüedad o vacuidad.
- b) **Motivación insuficiente**, que resulta cuando el fallo no evidencia un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y no deriva de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas se vayan determinando; o cuando cada conclusión negada o afirmada, no responde adecuadamente a un elemento de convicción.
- c) **Motivación defectuosa**, que se evidencia cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de experiencia.

Los errores "*in cogitando*" deben ser denunciados por la parte interesada como de Afectación del Derecho al Debido Proceso, y fundarse en cuestiones adjetivas y no

en temas de fondo del asunto, pretendiendo un revisión o reexamen de la prueba o modificación de la relación de hecho establecida en la instancia. (pp. 134-135).

2.2 Hipótesis

Las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 2793-2013 de la Sala Civil Permanente, Lima, 2018; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

2.3 Marco Conceptual

Acto jurídico procesal. Es el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales (Poder Judicial, 2015).

Apelación. Recurso impugnatorio que tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente (Poder Judicial, 2015).

Audiencia de conciliación. Acto único en el que el conciliador escucha a las personas que exponen. Reclaman o solicitan algo y que se efectúa con la finalidad de llegar a un entendimiento mutuo entre las partes (Poder Judicial, 2015).

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 (Real académica de la lengua española, 2018)

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, 2015).

Casación. Medio impugnatorio extraordinario de competencia de la Corte Suprema, que tiene por finalidad anular o revocar una decisión judicial, la cual contraviene un orden jurídico vigente o atenta contra la uniformidad de la jurisprudencia nacional (Monroy, 2013).

Corte Superior de Justicia. Es aquel órgano que realizan el juzgamiento o juicio oral en los procesos ordinarios y resuelven las apelaciones realizadas sobre las sentencias de los juzgados especializados o mixtos. Cada distrito judicial es encabezado por una Sala Superior de Justicia (Poder Judicial, 2015).

Corte Suprema de Justicia. Con este nombre se le reconoce al superior tribunal en gran parte de las naciones de Hispanoamérica, la cual tiene una labor nomofiláctica y uniformizadora de la jurisprudencia nacional a través del recurso de casación (Monroy, 2013).

Daño moral. Es el menoscabo en los sentimientos, y por tanto, insusceptible de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agraviado pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial. (Abado, Ruíz, & Almeyda)

Derechos fundamentales. Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado (Poder Judicial, 2015).

Derecho Procesal Civil. Es una rama del derecho público conformadas por normas de rango de ley que regulan un proceso de carácter dialéctico donde los justiciables buscan componer un conflicto de intereses que no pudo ser subsanado en el plano del derecho material, sea para otorgarle la competencia a determinado órgano jurisdiccional, regular la capacidad de las partes y establecer las actuaciones a llevarse a cabo con sujeción de ciertos principios y garantías que no admitan un desequilibrio en la confrontación para culminar con una declaración fundada en derecho y la satisfacción del interés invocado. (Monroy, 2013).

Distrito Judicial. Parte de un territorio en donde un Juez o Tribunal ejerce jurisdicción (Poder Judicial, 2015).

Nulidad de acto jurídico

De conformidad con lo la norma jurídica, el acto jurídico es nulo cuando faltan los requisitos de validez del acto jurídico (Castillo J. , 2004).

Doctrina. Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aun no legisladas (Real académica de la lengua española, 2018).

Evidenciar. Hacer patente y manifiesta la certeza de algo; probar y mostrar que no solo es cierto, sino claro (Real académica de la lengua española, 2018).

Fallo. El termino proviene del latín *sentencia*, al igual que del inglés *judgment* o decisión. Es la conclusión arribada a partir del razonamiento o juicio del Juez, que contiene un mandato de carácter impositivo vinculante y obligatorio a las partes. (Monroy, 2013).

Juzgado Civil. Es aquel órgano investido de poder jurisdiccional para resolver los asuntos de su competencia, señalados en el artículo 49 de la LOPJ (Poder Judicial, 2015).

Medios probatorios. Los medios probatorios son aquellos instrumentos con que cuentan las partes –y sólo ellas-para demostrar, la verdad o falsedad de sus afirmaciones respecto a las pretensiones que pudieran perseguir (Poder Judicial, 2015)

Recurso de casación. Recurso extraordinario y supremo que se concede contra sentencias definitivas o ejecutorias en los supuestos que el ordenamiento procesal autorice. El recurso de casación es el remedio instituido para informar la jurisprudencia dentro del ámbito territorial donde se aplica un mismo derecho. (Abado, Ruíz, & Almeyda).

Sentencia. La sentencia definitiva, como acto decisorio que pone fin a las cuestiones de fondo planteadas en el proceso, puede ser caracterizada desde distintos puntos de vista. Se habla así, de sentencias de primera y segunda o ulterior instancia, atendiendo a los órganos del cual emanan y a las formalidades específicas que la rodean; de sentencias estimatorias o desestimatorias de la demanda; de sentencias que adquieran fuerza de cosa juzgada en sentido material o en sentido formal, etcétera. (Abado, Ruíz, & Almeyda).

III. METODOLOGIA

3.1. Tipo y nivel de la Investigación

Tipo de investigación. Mixta (Cuantitativa-Cualitativa)

Cuantitativa: Pone en primer lugar los datos cuantitativos que fueron recolectados por instrumentos objetivos y de naturaleza estadística en la que se busca la contratación cuantitativa de las hipótesis. El utilizar las variables e indicadores es imprescindible a efectos de medir los cambios y las relaciones que se dan entre las variables en estudio. (Ramirez Erazo, 2010, pág. 206).

De la misma manera, con el estudio de las sentencias, se realizó el uso de doctrinas y jurisprudencias, con el fin de poder resolver las interrogantes en el estudio de la investigación.

Cualitativa: Es un enfoque descriptivo, con teoría y siendo uno de sus tipos la investigación sociológica, antropológica, criminológica, etnográfica. Se implementan en el estudio de grupos y organizaciones humanas. Tiene diseño flexible. Entre sus modalidades están: historia de vida, estudios de casos cualitativos, etc. (Ramirez Erazo, 2010, pág. 205)

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, & Baptista, Metodología de la investigación, 2010)

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, Fernández, & Baptista, 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. (p. 52).

3.2. Diseño de investigación.

El diseño de la investigación es no experimental, transversal, correlacional causal.

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

Transversal: Porque el dato pertenecerá a un fenómeno que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo. Este fenómeno, quedo plasmado en registro o documentos, que viene a ser la sentencia casatoria; por esta razón, aunque los datos se recolectan por etapas, siempre será de un mismo texto. (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014)

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 sentencia casatoria N° 2702-2015, perteneciente a la **Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú**, 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 variables y los indicadores

VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	TECNICAS E INSTRUMENTOS
X1: INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Independiente	Conflicto normativo relacionado a la jerarquía vigencia, y especialidad	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomias	TECNICAS: Técnica de observación
				Validez material		
			COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad Juicio de proporcionalidad	Análisis de contenido
X2: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicas que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos	INTERPRETACIÓN	Sujetos	• Autentica • Doctrinal • Judicial	INSTRUMENTO Lista de cotejo
				Resultados	• Restrictiva • Extensiva • Declarativa • Programática	
				Medios	• Literal • Lógico • Sistemático • Histórico • Teleológico	
			INTEGRACIÓN	Principios generales	• Según función: Creativa Interpretativa Integradora	
				Lagunas de ley	• Normativa • Técnica • Conflicto • Axiología	
				Argumento de interpretación jurídica	• Argumento a pari • Argumento ab minoris ad majus • Argumento ad minus • Argumento a fortiori • Argumento a contrario	
			ARGUMENTACIÓN	Componentes	• Premisas • Inferencia • Conclusión	
				Sujeto a	• Principios • Reglas	
				argumentos interpretativos	• Argumento sedes materiae • Argumento a rubrica • Argumento de la coherencia • Argumento teleológico • Argumento histórico • Argumento psicológico	

					<ul style="list-style-type: none"> • Argumento anagógico • 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 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). (Valderrama, 2010)

3.6. Plan de análisis

Se ejecutará por etapas o fases, conforme sostienen (Leonice, Quelopana, Compean, & Reséndiz, 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.

3.6.1. 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.

3.6.2. 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, 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. (Valderrama, 2010)

3.7. Matriz de consistencia

TITULO	ENUNCIADO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	VARIABLES	TIPOS DE VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	TECNICAS E INSTRUMENTOS
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN APLICADA EN LA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA, PROVENIENTE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, EN EL EXPEDIENTE N° 2702- 2015, DE LA SALA CIVIL PERNANTE, LIMA, 2018.	¿De qué manera las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 2702-2015, emitida por la Corte Suprema de la República, en el Expediente N° 2702-2007, del Distrito Judicial de Lima, 2018?	OBJETIVO GENERAL: Determinar la manera en que las técnicas de interpretación son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 2702-2015, emitida por la Corte Suprema de la República, en el Expediente N° 2702-2007, del Distrito Judicial de Lima, 2018. OBJETIVOS ESPECÍFICOS: S: 1. Determinar la incompatibilidad	X1: INCOMPATIBILIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	Independiente	Conflicto normativo relacionado a la jerarquía vigencia, y especialidad	EXCLUSIÓN	Validez formal	Antinomias	TECNICAS:
							Validez material		
						COLISIÓN	Control difuso	Principio de proporcionalidad Juicio de proporcionalidad	

		<p>normativa de la exclusión, en base a la jerarquía, temporalidad, y especialidad.</p> <p>2.Determinar la incompatibilidad normativa de la colisión, en base al control difuso.</p> <p>3.Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la interpretación en base a sujetos, resultados y medios.</p> <p>4.Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta a la integración en base a principios generales, laguna de ley y argumentos de</p>						
--	--	---	--	--	--	--	--	--

		interpretación jurídica. 5. Determinar las técnicas de interpretación, teniendo en cuenta la argumentación en base a sus componentes, a sujetos y argumentos interpretativos.							
		HIPÓTESIS: Las técnicas de interpretación no son aplicadas en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia Casatoria N° 2702-2015 emitida por la Corte Suprema de la República, en el Expediente N° 2702-2015, del Distrito Judicial de Lima, 201; en razón de que no fueron tomados en	X2: TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Dependiente	Esquemas conceptuales e ideológicas que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos	INTERPRETACIÓN	Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> • Auténtica • Doctrinal • Judicial 	INSTRUMENTO
							Resultados	<ul style="list-style-type: none"> • Restrictiva • Extensiva • Declarativa • Programática 	Lista de cotejo
							Medios	<ul style="list-style-type: none"> • Literal • Lógico • Sistemático • Histórico • Teleológico 	Población - Muestra Población: Sentencia casatoria N° 2893-2013, perteneciente a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, el cual a su vez al contar como único

		cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.					objeto de estudio la muestra tiene como equivalente ser consignada como unidad muestral.
					INTEGRACIÓN	Principios generales	<ul style="list-style-type: none"> • Según función: Creativa Interpretativa Integradora
						Lagunas de ley	<ul style="list-style-type: none"> • Normativa • Técnica • Conflicto • Axiología
						Argumento de interpretación jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Argumento a pari • Argumento ab minoris ad majus • Argumento ad minus • Argumento a fortiori • Argumento a contrario
					ARGUMENTACIÓN	Componentes	<ul style="list-style-type: none"> • Premisas • Inferencia • Conclusión

							Sujeto a	<ul style="list-style-type: none"> • Principios • Reglas
							argumentos interpretativos	<ul style="list-style-type: none"> • Argumento sedes materiae • Argumento a rubrica • Argumento de la coherencia • Argumento teleológico • Argumento histórico • Argumento psicológico • Argumento anagógico • Argumento de autoridad • Argumento analógico • Argumento a partir de principios

7.8. Principios éticos

7.8.1. 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 & Morales, 2005). Se suscribirá una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3 para el Informe de Tesis.

7.8.2. Rigor científico

Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández, & Baptista, 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 aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 2702-2015, del Distrito Judicial De 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>CASACION N°2702-2017 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL TRANSITORIA</p> <p>SUMILLA.- En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de</p>	<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</p>			X			18
		Validez material		<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</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</p>			X						

		<p>modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.</p> <p>Lima, seis de mayo de dos mil dieciséis.-</p> <p>SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil setecientos dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:</p> <p>I.- MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante A.M.C.M. o (folios 1418) contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revocó la sentencia contenida en la Resolución número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho (folios 596), que declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, disponiendo que el demandante en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija M.C.C y se le concede un régimen de visita a la madre en el horario del primer y tercer sábado y segundo y cuarto domingo de cada mes, desde las diez de la mañana a seis de la tarde con externamiento, con costas y costas, reformándola declararon infundada la misma.</p> <p>II.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Esta Sala Suprema mediante la Resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince (folios 41 del</p>	<p><i>la(s) norma(s) seleccionada(s) – Especialidad de la Norma Jurídica) Si cumple</i></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</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			
			<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</p>		X			
Colisión	Control difuso		<p>1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. Si cumple</p>		X			
			<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)) No cumple</p>		X			
			<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</p>	X				

		<p>cuadernillo de casación) ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales:</p> <p>a) Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; refiere que no existe una razón lógico jurídica del por qué le es favorable la tenencia a la madre en los Estados Unidos sin haber mediado alguna prueba que considere su real situación físico y/o psicológica y así como la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, asimismo, no existe pronunciamiento debidamente motivado de la concurrencia de un síndrome de alineación parental ni sobre la conducta procesal de la madre y como ha afectado la relación parental de la menor con su padre; que, no se hace referencia como deberá ser el cumplimiento del régimen de visitas y cuáles serían las medidas reparadoras; alega que no se ha incumplido con las pruebas ordenadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema como son: La declaración de parte que debió actuarse ante la propia Sala de Familia, respetando el principio de intermediación y de conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil; la entrevista a la menor (prueba especial) la que correspondía ser actuada directamente por la Sala de Familia con presencia del Ministerio Público y en forma reservada; Las pruebas psicológicas, que debieron ser emitidas por el equipo multidisciplinario de conformidad con el artículo 149 y 150 del Código de los Niños y los Adolescentes, agrega que el Ad-Quem estableció que la actuación de dichos medios probatorios se ejecutarían en los Estados Unidos, lo que ha conllevado una dilación del proceso desde el año dos mil nueve hasta el dos mil quince, sin embargo, no se ha actuado ninguna de las pruebas, por ello es que se ha concluido la apelada con votos dirimentes, violándose el artículo 396, última parte, del Código Procesal Civil.</p>	<p>4. Las normas seleccionadas evidencian el sub criterio del propio Principio de Proporcionalidad en sentido estricto. <i>(El magistrado buscará que el resultado del acto interpretativo responde al objeto perseguido por la ponderación: el de la realización del fin de la medida examinada; y el de la afectación del derecho fundamental)</i> Si cumple</p>			X			
--	--	--	--	--	--	----------	--	--	--

		<p>b) Infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; sostiene que en el presente caso se ha probado que existe un acto de padrectomía y de síndrome de alineación parental, la conducta procesal de la demandada ha sido orientada a no cumplir con el régimen de visitas y lograr un nulo contacto con el padre, por lo que debe variarse la tenencia de la menor al padre.</p> <p>III.- CONSIDERANDO: PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas tanto procesales como materiales, declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del íter procesal. Es así que Alfredo M.C.M. interpone demanda de Variación de Tenencia respecto a su menor hija M.C.C. y dirigiendo su acción contra H.E.C.C. Como fundamentos de su pretensión señala: a) Durante el trámite del proceso de Divorcio, ambas partes presentaron una Propuesta de Convenio, en la cual convenían que el recurrente podía visitar a su menor hija libremente cualquier día, incluso los sábados y domingos ya sea fuera o dentro del hogar en las oportunidades que crea conveniente en un horario prudente, previa coordinación con la madre de la menor, siempre y cuando ello no perturbe o perjudique su horario de alimentación o sueño; en cuanto a la tenencia y custodia, se establece que ambos padres conservarán la patria potestad de la menor; b) El once de agosto del año dos mil seis, se realizó la respectiva constatación policial, debido a la imposibilidad de realizar las correspondientes visitas a su menor hija, señala que los abuelos maternos de la menor le manifestaron que la niña se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica; c) El recurrente no prestó su autorización para la salida de la</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>menor del país; d) Sus abuelos maternos no le han indicado cual es el domicilio de su hija lo que ha impedido que tenga comunicación con ella; e) A fin de investigar el paradero de su hija, solicitó a la Dirección de Migraciones un Certificado de Movimiento Migratorio de la demandante y su menor hija, observando que no existe salida alguna de la emplazada y la menor; f) Se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia; y g) La madre de la menor se encontraba viviendo en los Estados Unidos, debido a una beca de estudios que debió durar cuatro meses y se ha prolongado por cuatro años, lo que originó que ésta dejara a su menor hija al cuidado de sus abuelos maternos, lo que significa que la demandada abandonó a la menor.</p> <p>SEGUNDO.- La demandada a través de su apoderado contesta la demanda , señalando básicamente: i) El demandante viene amenazándola diciendo que cuando su hija cumpla cinco años de edad, la quitará de su cuidado; ii) Desde el momento de la concepción el demandante no quiso asumir su paternidad, negándola y maltratándola física y psicológicamente; iii) Resulta falso que su hija se encuentre desaparecida, al contrario, a raíz de las constantes amenazas en su contra, es que tomó la decisión de instalarse en provincia con su hija, ya que corre peligro tanto ella como su persona; iv) Resulta falso que el demandante cumpla con la pensión de alimentos, ya que de acuerdo a la propuesta de convenio expresada en la sentencia de Separación de Cuerpos del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, el actor debía asistir con una pensión mensual de ochocientos soles (S/.800.00), suma que jamás fue cancelada y tampoco requerida, justamente, para mantenerlo alejado, dado su nivel de peligrosidad e impredecible conducta, lo cual ponía en riesgo a su hija. v) El demandante jamás hizo ejercicio de su derecho al Régimen de Visita, puesto que el actor ha</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>llegado a ausentarse hasta cuatro meses seguidos sin que aparezca a visitar a la menor; vi) El accionante sufre de una serie de desórdenes en su conducta y personalidad, lo que lo lleva a convertirse en una persona sumamente violenta y agresiva, dejándose llevar por sus emociones internas, lo cual lo coloca en una situación psicológica y psiquiátrica anormal respecto a su persona, su familia y esencialmente respecto a su menor hija; vii) Su hija no se encuentra desaparecida, menos aún abandonada, al contrario ella se encuentra bajo su perfecto cuidado como siempre ha sucedido y si ha variado su residencia a provincia es porque entre el quince y dieciséis de julio el accionante amenazó nuevamente con raptar a su hija; viii) Si es que el accionante jamás cumplió de manera fehaciente su Régimen de Visitas, porque otorgarle la tenencia ahora, más aún cuando a través de su demanda no ha comprobado que su persona se haya conducido en contra de los intereses de su hija menos aún que posea una conducta capaz de poner en riesgo la estabilidad y bienestar de la menor. Por Resolución número seis de fecha quince de diciembre de dos mil seis (folio 64) se tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.</p> <p>TERCERO.- Mediante la Resolución número nueve contenida en la Acta de Audiencia Única de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete, se fijó como punto controvertido: i) Establecer si procede declarar la variación de la tenencia y custodia de la menor M.C.C, concediéndola a favor del demandante, en su condición de padre.</p> <p>CUARTO.- Por Sentencia del veinticinco de agosto de dos mil ocho, el Juez del Décimo Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>demanda sobre Variación de Tenencia, en consecuencia, que el accionante A.M.CCM en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija M.C.C, concediéndose a la madre H.E.C.C un régimen de visitas en el horario del primer y tercer sábado y el segundo y cuarto domingo de cada mes de diez de la mañana a seis de la tarde, con externamiento, con costas y costos. Entre los fundamentos que sustentan esta decisión, se precisa: i) De todos los medios probatorios en conjunto se concluye que la demandada H.E.C.C y su menor hija se encuentran fuera del país, tal como fluye de lo expuesto por el apoderado en su escrito de fojas 246; ii) El apoderado de la emplazada en ningún momento reveló con exactitud y certeza el paradero actual de la menor, por el contrario, ha precisado domicilios diferentes en donde no se encontraba físicamente la menor, pretendiendo que se practique la visita social en un domicilio donde ya no se encontraba, lo que originó que se prescindiera de esta prueba; iii) Se ha requerido a manera fehaciente su Régimen de Visitas, porque otorgarle la tenencia ahora, más aún cuando a través de su demanda no ha comprobado que su persona se haya conducido en contra de los intereses de su hija menos aún que posea una conducta capaz de poner en riesgo la estabilidad y bienestar de la menor. Por Resolución número seis de fecha quince de diciembre de dos mil seis (folio 64) se tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.</p> <p>TERCERO.- Mediante la Resolución número nueve contenida en la Acta de Audiencia Única de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete¹, se fijó como</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

¹ Folio 107

		<p>punto controvertido: i) Establecer si procede declarar la variación de la tenencia y custodia de la menor M.C. C, concediéndola a favor del demandante, en su condición de padre.</p> <p>CUARTO.- Por Sentencia del veinticinco de agosto de dos mil ocho, el Juez del Décimo Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, en consecuencia, que el accionante Alfredo M.C.C.M en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija M.C.C, concediéndose a la madre H.E.C.C un régimen de visitas en el horario del primer y tercer sábado y el segundo y cuarto domingo de cada mes de diez de la mañana a seis de la tarde, con externamiento, con costas y costos. Entre los fundamentos que sustentan esta decisión, se precisa: i) De todos los medios probatorios en conjunto se concluye que la demandada H y E.C.C y su menor hija se encuentran fuera del país, tal como fluye de lo expuesto por el apoderado en su escrito de fojas 246; ii) El apoderado de la emplazada en ningún momento reveló con exactitud y certeza el paradero actual de la menor, por el contrario, ha precisado domicilios diferentes en donde no se encontraba físicamente la menor, pretendiendo que se practique la visita social en un domicilio donde ya no se encontraba, lo que originó que se prescindiera de esta prueba; iii) Se ha requerido a la parte demandada a fin que se apersona al área</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

	<p>psicológica del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia (folio 315) a efectos que se lleve a cabo las correspondientes evaluaciones a su persona como de la menor, por tal motivo, al no haberse presentado a las diligencias no pudo ser escuchada en la secuela del proceso; iv) Dichos hechos demuestran displicencia de la madre demandada en esclarecer y solucionar el conflicto de intereses surgidos en beneficio de su menor hija, por lo que, debe meritarse su conducta procesal.-</p> <p>QUINTO.- Apelada la sentencia por la demandada, la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución número ocho, de fecha uno de diciembre de dos mil ocho², declaró nula la sentencia de primera instancia del veinticinco de agosto de dos mil ocho y ordenaron que el A-quo emita nuevo pronunciamiento, sujetándose a los lineamientos establecidos. Esta decisión fue impugnada a través de un recurso de casación formulado por el demandante A.M.C.M, por lo que mediante la Ejecutoria Suprema del veintiocho de diciembre de dos mil nueve³, se declara fundado el recurso y nula la sentencia de vista ordenándose que se emita nuevo pronunciamiento, luego de actuarse los medios probatorios que se detallan en dicha resolución, es así que por Resolución de Vista número setenta y</p>							
--	---	--	--	--	--	--	--	--

² Folio 693

³ Folio 736

		<p>siete del veintisiete de mayo de dos mil quince⁴, la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la sentencia de primera instancia número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho y reformándola declara infundada la demanda, bajo las siguientes consideraciones: i) Del Informe Social practicado en el domicilio del accionante (folios 224), se infiere que éste no tuvo convivencia con la madre de su hija, ni con esta última, puesto que la primera residía en la ciudad de Lima, mientras que él lo hacía en Chimbote; ii) Si bien es cierto resulta reprochable la conducta de la emplazada de llevarse a su hija a los Estados Unidos de Norteamérica con fines de residencia sin conocimiento del progenitor, ocasionando con su actitud un evidente daño al demandante al verse privado de la presencia de la menor, también lo es que la adolescente vivió desde que nació con su progenitora y no con su padre, por cuanto éstos se separaron desde que la demandada contaba con tres meses de gestación, lo que significa que de haberse escuchado la opinión de la niña seguramente hubiera asentido en el viaje, es por ello que cuando conversó telefónicamente con el accionante lo primero que hizo fue pedirle permiso para quedarse allá, según lo ha referido el propio demandante; iii) La menor tiene en la actualidad quince años de edad y está próxima a cumplir dieciséis años, que a lo largo de su existencia ha convivido con su madre mayor tiempo,</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

⁴ Folio 1389

		<p>pues el hecho de que esta última haya realizado viajes a los Estados Unidos durante sus primeros años no significa que se haya despreocupado o desatendido de su persona, ya que la dejaba al cuidado de sus abuelos maternos con el consentimiento del demandante, tan es así que cuando la demandada viaja con la menor, el padre expresaba su autorización; iv) La demandada reside en la ciudad de New York de los Estados Unidos de Norteamérica, donde ha formado un nuevo hogar al haber contraído matrimonio con un ciudadano norteamericano y procreado una hija, hogar donde vive la menor desde el año dos mil cinco, lo que significa que por tiempo transcurrido a la actualidad se ha adaptado a su nueva familia y a las costumbres de dicho país, por lo que desarraigarla nuevamente de este nuevo hogar le ocasionaría un perjuicio inminente en su estabilidad emocional y en su bienestar, lo que colisionaría además con el interés superior del niño, niña o adolescente.</p> <p>SEXTO.- Habiéndose declarado procedente el recurso de casación por causal referida tanto a la infracción normativa procesal⁵ y sustantiva⁶, es necesario señalar que la primera, es sancionada ordinariamente con nulidad procesal. La misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos.								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N°272-2015 del distrito judicial de Lima

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

LECTURA.

LECTURA. El cuadro 1, revela que la incompatibilidad normativa a veces se presenta en la Sentencia de la Corte Suprema. Derivado de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en la cual se evidenció que los magistrados no emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos, vulnerando algunos principios, entre ellos, está el interés superior del niño.

Cuadro 2: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente N° 2702-2015, del Distrito Judicial de 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	Nunca	A veces	Siempre
					[0]	[2,5]	[5]	[0-25]	[26-51]	[52-75]
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	SEXTO.- Habiéndose declarado procedente el recurso de casación por causal referida tanto a la infracción normativa procesal y sustantiva, es necesario señalar que la primera, es sancionada ordinariamente con nulidad procesal. La misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos.	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	que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos.	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	SÉTIMO.- El Debido Proceso, está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, por el cual se posibilite que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener Tutela Jurisdiccional Efectiva, a través de un procedimiento legal con la observancia de las reglas procesales establecidas para el procedimiento y a través del cual las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley. A nivel doctrinario, se ha señalado que el Derecho al Debido Proceso tiene dos vertientes; la primera de orden procesal, que	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 Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) Si cumple		X				
				2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en todo sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática,			X			

Integración	Principios generales	<p>incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el Derecho al Juez Natural, el Derecho a Probar, el Derecho a la Defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justas. En este sentido el Tribunal Constitucional señaló, que el debido proceso: "no tiene un 'ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualquiera de los derechos que lo comprenden v.g. el Derecho de Defensa, el Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, reconocidos en los incisos 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, respectivamente (...)"</p>	<i>Institucional; Social y Teleológica) Si cumple</i>						
	Laguna de ley		1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple			X			
	Argumentos de integración jurídica		1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (Antimonias) Si cumple			X			
Argumentación	Componentes	<p>OCTAVO.- Es así que cuando un procedimiento judicial se ha llevado a cabo con deficiencias y vicios procesales graves, que importen Violación del Debido Proceso, se deberá invalidar todas aquellas actuaciones afectadas por tal violación y repetirlas con el cumplimiento y respeto de todas las garantías requeridas, conforme lo dispone el artículo 171 del Código Procesal Civil y lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fundamentos 217 a 219 y 221, de la sentencia recaída en el caso C.P y otros contra el Estado Peruano.</p> <p>NOVENO.- Uno de los contenidos esenciales del Derecho al Debido Proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú</p>	1. Determina los argumentos con relación a la creación de normas por integración. Si cumple		X				
			1. Determina el error "in procedendo" y/o "in iudicando" para la materialización de la nulidad. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) No cumple		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		1. Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. (a) acción positiva; b) Principio de coherencia				X		

		<p>garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Administrar Justicia se haga con sujeción a la Constitución Política del Perú y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del Derecho de Defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisando el contenido del derecho constitucional a la Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales, ha señalado que éste: "(...) se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...)" . En concordancia con lo expuesto, el mismo Tribunal ha señalado también que una Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales "(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) (...). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate jurídico generando indefensión, constituye " vulneración del Derecho a la Tutela Judicial y también del Derecho a la Motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)"</p>	<p>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 legislatore; t) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales) Si cumple</p>							
	<p>Argumentos interpretativos</p>		<p>1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios) Si cumple</p>			<p>X</p>				

		<p>DÉCIMO.- Antes de analizar los argumentos sobre los cuales reposan las infracciones denunciadas, es menester tener cuenta que el demandante básicamente solicita la variación de la tenencia de su menor hija bajo la premisa que ésta fue llevada a residir a los Estados Unidos sin que medie su autorización, lo que originó que pierda contacto con ella, afectando su relación paterno filial.</p> <p>DÉCIMO PRIMERO.- Para analizar la mencionada infracción denunciada, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte es consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, de modo que ya no se trata de la familia nuclear, formada por el padre, madre e hijos, sino que se ha reconocido la existencia de familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, de modo que los roles de cada miembro de éstas han ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna, la función que éstos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a que: "la familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción</p> <p>biológica y de sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez"</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>DÉCIMO SEGUNDO.- Es así que todas las medidas que se tomen en relación a la menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.</p> <p>DÉCIMO TERCERO.- Por consiguiente, en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres . Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un "menor maduro", éste debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos,</p> <p>de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate.</p> <p>DÉCIMO CUARTO.- Es por ello que, los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte a la menor, deberán tener en cuenta que: "El menor vive en un permanente y creciente</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>proceso de socialización, a través del cual va consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por si misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social.</p> <p>DÉCIMO QUINTO.- El demandante señala que la Sala Superior no ha tenido en cuenta cuál es la real situación física y psicológica de la menor ni existe motivación de la concurrencia de un síndrome de alineación parental y cómo la conducta de la madre afecta la relación con el padre, asimismo, alega que no se ha dado cumplimiento a los lineamientos establecidos en la Casación número 684-2009-Lima</p> <p>15.1 Al respecto, cabe indicar que en anterior oportunidad esta Sala declaró fundado el recurso de casación interpuesto por A. M.C.M y, en consecuencia nula la sentencia de vista de fecha uno de diciembre de dos mil ocho, toda vez que se trasgredió el Principio de Inmediación, ordenando que se recaben pruebas, tales como la declaración de la demandada, la entrevista a la menor y la evaluación psicológica de ambas y que el Colegiado Superior agote los instrumentos jurídicos que le otorga la ley para actuar los medios probatorios mencionados, para lo cual deberá tenerse en cuenta los Principios de Economía y Celeridad Procesal contenidos en el artículo 5 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, párrafo segundo, tercero y cuarto.</p>								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>15.2 En cumplimiento a dicho mandato, de autos se desprende que se ha tomado la declaración de parte de la demandada y la entrevista a la menor en los Estados Unidos de Norteamérica, ahora, si bien éstos fueron elaborados en el idioma inglés, no menos cierto es que se ha requerido la traducción de los mismos a las partes, la designación de un Perito Judicial Ad Honorem para que realice la traducción de las actas y finalmente la intervención de la Gerencia de Administración de la Corte Superior de Justicia de Lima para que por única vez se encargue de la traducción de las declaraciones del idioma inglés al castellano, Oficina que comunicó que dicho servicio sería convocado en el próximo ejercicio presupuestal, lo que originó que la Sala Superior prescindiera de dicho medio de prueba a través de la Resolución número sesenta y nueve de fecha cinco de marzo de dos mil quince, decisión que resulta ajustada al desarrollo del proceso, atendiendo a los Principios de Economía y Celeridad Procesal, puesto que desde que se presentaron las actas a la Sala Superior hasta la fecha en que se emite la resolución que prescinde de éstas, había transcurrido más de un año.</p> <p>DÉCIMO SEXTO.- De otro lado, de acuerdo a la Evaluación Psiquiátrica número 0402-10-2007-PS0 y el Informe Social ambos practicados al demandante, éste refiere que su hija nunca vivió con él y que la menor siempre estuvo al lado de su madre; que durante el tiempo que duró el matrimonio no han tenido convivencia ya que la señora vivía en Lima y él por su trabajo en Chimbote, asimismo, el demandante señaló en el Informe Social: "no la veo (hija) desde el 25 de julio del año pasado (2006) este año me llamaron dos veces, la bebe para decirme para que firme un Convenio para renunciar a todo derecho, eso anularía el proceso de sustracción que está en el Callao y la Variación de la Tenencia"</p>							
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

		<p>16.1. Ahora, según el Acta de Audiencia Única de fecha veintiuno de mayo de dos mil siete, el demandante respondió a la pregunta tres: "(...) que la mamá de su hija se ha comunicado por teléfono con él, a las dos semanas que ha salido la menor y la niña se ha comunicado con el declarante este año, hace un mes, le llamó a su teléfono de Chimbote para decirle papá dame el permiso para quedarme en Estados Unidos".</p> <p>16.2. Lo antes acotado denota que la menor hija del demandante, tiene conocimiento de los procesos judiciales que giran en torno a su permanencia en los Estados Unidos de Norteamérica y expresa con claridad ante su progenitor su deseo de residir en dicho país en compañía de su madre, además, debe tenerse en consideración que la niña, según las versiones de las partes, recogidas a lo largo del proceso, salió de su país natal en el año dos mil cinco, cuando tenía seis años y cuenta a la fecha con diecisiete años de edad, es decir, en un año, la menor cumplirá la mayoría de edad que la legitimará para decidir, sin la intervención de sus padres, donde desea residir, es así que conforme lo ha recogido la Sala Superior, a la luz de los hechos y las pruebas actuadas, la menor confirmaría su deseo de seguir viviendo al lado de su señora madre con su hermana y el esposo de la demandada.----- ---</p> <p>DÉCIMO SÉTIMO.- Dicho discernimiento también fue recogido por la Sala Superior, lo que demuestra que los Jueces utilizaron su apreciación razonada en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, por consiguiente, la</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>decisión adoptada por el Colegiado se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que, no se afecta el Debido Proceso, ya que se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso y a los lineamientos que estableció esta Sala Suprema con anterioridad, por ello, dicho fallo no puede ser cuestionado por infracción al Debido Proceso, al haberse respetado los principios constitucionales y el deber de motivación, expresándose el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, deviniendo en infundada la denuncia de infracción normativa procesal.</p> <p>DÉCIMO OCTAVO.- En cuanto a la infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y los Adolescentes, tenemos que dicha norma regula como una de las causales de la variación de la tenencia, el incumplimiento del Régimen de Visitas, sobre el particular, el demandante aduce que esta norma no ha sido observada por el Colegiado Superior, empero, de acuerdo a las consideraciones precedentes, el Ad Quem inicia el análisis del caso a partir del incumplimiento del Régimen de Visitas a consecuencia del viaje a los Estados Unidos de Norteamérica que realizó su menor hija en compañía de la demandada, sin que exista autorización para ello, acción que ha sido criticada por la Sala Superior (considerando décimo primero) pero que no ha</p> <p>logrado superar las consecuencias que dicha variación puede originar sobre la menor, como es la angustia al verse separada de su madre con quien vivió desde su nacimiento y, adicionalmente a ello de su hermana menor y la aflicción al incorporarse a un nuevo grupo familiar y educativo, variando</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		<p>sus costumbres y su ritmo de vida, más aún si está próxima a cumplir la mayoría de edad, por lo que, debe primar el interés superior de la niña, privilegiando su estabilidad emocional y su bienestar familiar, por consiguiente, no puede argumentarse la omisión de dicha disposición sustantiva, cuando ésta ha sido la base de la pretensión y de la Resolución de Vista cuestionada, por lo que, los argumentos sobre los cuales reposa la infracción que se denuncia, carecen de asidero.</p> <p>18.1. Abunda sobre el particular que a efectos de salvaguardar y afianzar la relación de la menor M.C.C con su padre, la Sala Superior ha dictado las medidas necesarias a efectos que padre e hija mantenga comunicación, estableciendo que la demandada debe facilitar este acercamiento ya sea por vía telefónica, cámara web, Skype y/o cualquier otro medio de tecnología, incluyendo visitas al Perú previa coordinación con el demandante, lo que finalmente coadyuvará a afianzar la relación que mantenía con su hija.</p> <p>IV. DECISIÓN:</p> <p>Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil:</p> <p>4.1. Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante A.M.C.M (folios 1418); NO CASARON la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la</p> <p>Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.</p> <p>4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad, en los seguidos por A.M.C.M contra H.E.C.C sobre Variación de Tenencia; y los devolvieron. Ponente Señor R.D, Juez Supremo.</p>							
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

		S.S. MENDOZA RAMÍREZ ROMERO DÍAZ MIRANDA MOLINA YAYA ZUMAETA DE LA BARRA BARRERA								
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 2702- 2015, del Distrito Judicial de Lima

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 correcta 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, en el presente caso se tuvo una buena interpretación y argumentación, por ese sentido la sentencia casatorio tuvo una buena adecuación a los parámetros estudiados.

Cuadro 3: Técnicas de interpretación aplicada en la incompatibilidad normativa, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, del Expediente Expediente N° 2702-2015, del Distrito Judicial de 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	10.5	[17-25]	Siempre							66.5
		Validez Material		2	2		[9-16]	A veces							
							[0-8]	Nunca							
	COLISIÓN	Control difuso		2		8.5	[17-25]	Siempre							
							[9-16]	A veces							
							[0-8]	Nunca							
Técnicas de interpretación	INTERPRETACIÓN		(0)	(2,5)	(5)	17.5	[51-80]	Adecuada							
		Sujeto a			1										
		Resultados			1					[26-51]	Inadecuada				
		Medios		1	1					[0-25]	Por remisión				

	INTEGRACIÓN	Principios generales	1			7.5	[52-75]	Adecuada							
		Laguna de ley			1			[26-51]							Inadecuada
		Argumentos de integración jurídica		1				[0-25]							Por remisión
	ARGUMENTACIÓN	Componentes	1	1	3	22.5	[52-75]	Adecuada							
		Sujeto a	1				[26-51]	Inadecuada							
		Argumentos interpretativos			1		[0-25]	Por remisión							

Fuente: sentencia de la Corte Suprema en el expediente N° 2702- 2015, del Distrito Judicial de Lima

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, y las técnicas de interpretación fueron aplicadas de manera adecuada por parte de los magistrados ante una infracción normativa, que según el caso en estudio deberían de haber utilizado los criterios, principios y demás normas del derecho que al determinarse que variación de tenencia de menor edad interpuesta por uno de los cónyuges es ineficaz y no nulo, es evidente que el recurso de casación presente deviene en infundada.

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, en el Expediente N° 2702-2015, perteneciente al Distrito Judicial de Lima, fue adecuada, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

Respecto a la variable: incompatibilidad normativa. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados si emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos.

Respecto a la variable: técnicas de interpretación. Revela que la variable en estudio fue empleada **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que, al presentarse una infracción normativa, los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación.

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, en el expediente N° 2702-2015 de la Corte Suprema de Lima 2018, fue **adecuada**, de acuerdo a los indicadores pertinentes, aplicados en el presente estudio (Cuadro 3).

Respecto a la variable: incompatibilidad normativa. Se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados emplearon los criterios de validez de las normas aplicadas en sus fundamentos.

Respecto a la variable: técnicas de interpretación. Revela que la variable en estudio fue empleada **adecuadamente** por los magistrados, en el sentido que, al presentarse una infracción normativa, los magistrados deberán de emplear las técnicas de interpretación de forma adecuada como: la interpretación y la argumentación.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

De acuerdo a los parámetros de evaluación y procedimientos aplicados en el presente estudio, la manera en que son aplicadas las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa en la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 2702-2015, perteneciente al Distrito Judicial de Lima, se evidenció que **a veces** se presenta la incompatibilidad normativa, sin embargo, las técnicas de interpretación empleada fueron **inadecuada**, (Cuadro Consolidados N° 3).

Sobre la incompatibilidad normativa:

En el caso de expediente caso de estudio, se puede advertir que la Corte Suprema señala que el acto jurídico de disposición de un bien social celebrado por uno de los cónyuges sin autorización del otro es ineficaz por ausencia de facultades de representación respecto a la sociedad de gananciales y por falta de legitimación para contratar del cónyuge celebrante; por tanto, la demanda de nulidad de dicho acto jurídico es infundada. Este Tribunal ha determinado claramente la diferencia entre ineficaz y nulo, ya que ha establecido que el acto jurídico está detallado por la manifestación de voluntad destinada a producir un efecto jurídico y que en el presente caso de investigación adolece de un defecto que lo hace ineficaz y no nulo.

1. Respecto a la variable *incompatibilidad normativa*, de sus dimensiones “exclusión” y “colisión”: se derivó de la revisión de la parte considerativa -en la motivación del derecho- de la sentencia emitida por la Corte Suprema, en donde se evidenció que los magistrados implementaron los criterios de validez material de las normas aplicadas en sus fundamentos, es decir conforme a la constitucionalidad y legalidad de la(s) norma(s) empleadas – Especialidad de la Norma Jurídica, Obteniendo así, una implementación de la norma adecuada conforme al caso en estudio. Se evidenció que los magistrados realizaron la revisión de la vigencia de las normas que fueron parte para el análisis de la obtención de un resultado coherente y eficaz, así como se aplicó normas jurídicas en apoyo de la decisión judicial, acreditando su efectiva conexión con los hechos probados, los cuales a su vez se corresponden con los hechos alegados por las partes, dando así una motivación válida, correspondiente a la incompatibilidad normativa.

Sobre a las técnicas de interpretación:

2. Referente a la interpretación, si cumple, conforme se ha señalado, los magistrados en la sentencia en casación– han empleado sólo artículos que describen la causal de la casación (infracciones normativas), y en base a ello han interpretado la norma

agregando normas de carácter legal y procesal para complementar su argumentación. Por lo que, se ha realizado una interpretación auténtica impropia, ya que, en una misma normatividad, el legislador a realizado la deducción de un término o alguna frase, aclarando su significado. (Gaceta Jurídica, 2004, p. 49)

3. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “integración” se derivó de las sub dimensiones: “analogía”, “principios generales”, “laguna de ley”, y “argumentos de integración jurídica”, siendo que en el caso en estudio No se cumplió, en el sentido que conforme se aprecia de la sentencia en estudio, se presentaron causales de casación –infracción normativa de normas procesales y sustantivas, y se interpretó de acuerdo a normativas vigentes, no existiendo vacíos legales o deficiencias en la ley por cuanto se complementó la interpretación de los magistrados con doctrina y jurisprudencia correspondiente.

4. Respecto a la variable técnicas de interpretación, de su dimensión “argumentación” se derivó de las sub dimensiones: “componentes”, “sujeto a” y “argumentos interpretativos”; se evidenció que la Corte Suprema aplicara con verificar la figura de los errores con el fin de corroborar la materialización de la Casación, con el fin de determinar si los derechos que señaló el impugnante fueron realmente vulnerados o no; respecto a los componentes de la argumentación jurídica no se desarrolló textualmente: las premisas ya que no guardaron el correspondiente orden de presentación para el mejor entendimiento de las mismas, en cuanto a las inferencias se determinó la de tipo en paralelo, en cuanto a la conclusión se evidenció la conclusión múltiple de tipo simultánea; por su parte respecto a los argumentos interpretativos de la norma jurídica se ajustaron al tipo de coherencia.

5.2. Recomendaciones

En el presente caso en estudio, las técnicas de interpretación no son aplicadas debidamente en las incompatibilidades normativas, proveniente de la Sentencia de la Corte Suprema, en el Expediente N° 2702-2015, perteneciente al Distrito Judicial de Lima, 2018; en razón de que no fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión.

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

Los magistrados a través del empleo del control difuso, en casos de incompatibilidad normativa, generará una reflexión sistemática y jurídica en base de la hermenéutica y principios de interpretación constitucional, conllevando a que si se determina que una norma no guarda coherencia constitucional la inaplica para el caso concreto llevado a su conocimiento.

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

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

Respecto a la integración como técnica de interpretación, debe por parte de los magistrados al evidenciar un vacío o deficiencia en la ley, saber aplicarla, lo que conlleva a integrar el propio derecho escogiendo al caso en concreto o bien a través de analogía, o principios generales del derecho y saber identificar con exactitud la clase de laguna en la ley, para no generar presencia de conflicto normativo alguno.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS

- Abad, S., & Morales, J. (2005). *El derecho de acceso a la información pública - Privacidad de la intimidad personal y familiar*. Lima: Gaceta jurídica.
- Abado, D., Ruíz, G., & Almeyda, O. (s.f.). *Diccionario juridico & Latino*. lima: Grafica Bernilla EDIGRABER.
- Avendaño, J., & Vidal, C. (05 de Setiembre de 2015). *El sistema de transferenciade la priedad inmueble en el derecho civil peruano*. En Avendaño J. (2003) *Derecho de propiedad Código Civil peruano*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DER ECHO_CIVIL_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DER ECHO_CIVIL_PERUANO.pdf)
- Castillo, J. (2004). *Interpretación jurídica*. En Castillo, J. Lujan, M. y Zavaleta, R. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, M. (02 de Mayo de 2003). *Nulidad y anulabilidad del acto jurídico en los contratos celebrados a través de medios informáticos*. Obtenido de http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/la_nulidad_y_anulabilidad_del_acto_juridico_en_los.pdf
- Chiassoni, P. (2010). *Antinomias*. En, Guastini, R. Comandci, P. Arnio, A. Moreso, J. Redondo, M. Celano, B. *Interpretación y razonamiento jurídico. Filosofía y teoría del derecho* . Lima: Ara.
- García, M. (2003). *La cuestión de los principios*. En Gascón, M. y Gacía, A. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Colec. *Derecho y Argumentación*. Lima: Palestra.
- Gascón, M. (2003). *La actividad judicial: Problemas interpretativos*. En, Gascón, M y García, A. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Colec. *Derecho y Argumentación*. Lima: Palestra.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México: Mc. Graw Hill.

- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Mc. Graw Hill.
- Huaman, L. (02 de Julio de 2017). *Manifestación de voluntad electrónica*. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedetec/art_rptinv/29%20MANIFESTACION%20DE%20LA%20VOLUNTAD%20ELECTRONICA.pdf
- Jurídica, G. (2004). *Razonamiento judicial interpretación. Argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: El búho.
- Leonice, M., Quelopana, A., Compean, L., & Reséndiz, E. (2008). *El diseño de la investigación cualitativa*. Washington: Organización Panamericana de la Salud.
- Madariaga, L. (12 de Noviembre de 2014). *Ineficacia funcional del acto jurídico*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c5fdb280463104d18d25fdca390e0080/INEFICACIA_FUNCIONAL_ACTO_JURIDICO.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=c5fdb280463104d18d25fdca390e0080
- Mazzarese, T. (2010). *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas. Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara.
- Meza, E. (06 de Junio de 2016). *Argumentación en interpretación jurídica*. Obtenido de https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf
- Monroy, J. (2013). *Diccionario procesal civil* (primera ed.). peru: El Buho E.I.R.L.
- Poder Judicial. (2015). *Diccionario juridico de la Corte Suprema*. Lima: http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=S.
- Ramirez, P. (2000). *Diccionario juridico*. Perú: Ediciones legales S.A.A.
- Real académica de la lengua española. (2018). <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.
- Rubio, M. (2011). *Test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- Rubio, M. (2012). *Argumento de intergración jurídica. Manual de razonamiento jurídico*. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Sanchez, M. (2009). *El recurso se casación civil*. Lima: Juistas editores E.I.R.L.

- Sanchez-Palacios, M. (2009). *El recurso de casación civil*. Lima: Juristas y editores E.I.R.L.
- STC. Exp. N° 0027-2006-AI/TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 01 de Febrero de 2006).
- STC. Exp. N° 003-2008-PI-TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 2008).
- STC. Exp. N° 006-2003-AI-TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 01 de Diciembre de 2003).
- STC. Exp. N° 010-2002-PI-TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 01 de 03 de 2002).
- STC. Exp. N° 018-2003-PI-TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 26 de Abril de 2003).
- STC. Exp. N° 045-2004-PI-TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 2004).
- STC. Exp. N° 0905-2001-AA-TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 14 de Agosto de 2001).
- Torres, A. (2006). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Lima: Idemsa. ULADECH Católica - Sede central: Chimbote - Perú. (s.f.).
- Universidad de Celaya. (23 de Noviembre de 2011). *Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya*. Obtenido de Centro de investigación. México:
http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf.
- Valderrama, S. (2010). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. Lima: San Marcos.

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	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas constitucionales, teniendo en cuenta la vigencia de la norma, es decir 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 2. Los fundamentos evidencian la exclusión en la selección de normas constitucionales y legales en base a la jerarquía normativa. (Con la finalidad de distinguir el rango de ley en la norma) Si cumple / No cumple
			Validez material	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la selección de normas legales, 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 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 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 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
		Colisión	Control difuso	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los fundamentos evidencian la colisión normativa en las normas seleccionadas en la sentencia de la Corte Suprema. Si cumple / No cumple 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 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
TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	Interpretación	Sujetos	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
		Resultados	1. Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación. (Auténtica, doctrinal y judicial) Si cumple / No cumple
		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. (Interpretación: Gramatical o Literal, Literal – Sistemático o Conexión de Significado; Histórico; Sociológico; Ratio Legis; o Teleológico) Si cumple / No cumple 2. Determina los criterios de interpretación constitucional de normas seleccionadas para comprender su sentido; es decir entender la constitucionalidad en tanto sistema normativo y las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Interpretación: Sistemática, Institucional; Social y Teleológica) Si cumple / No cumple
	Integración	Principios generales	1. Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por la Corte Suprema. (Con la finalidad de llenar vacíos o laguna de ley) Si cumple / No cumple
		Laguna de ley	1. Determina la existencia o no de conflictos normativos en la sentencia de primera instancia. (Antinomias) 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. (Error en el procedimiento o error en el razonamiento judicial) Si cumple / No cumple 2. Determina los componentes de la argumentación jurídica. (Que permitirán fundamentar el planteamiento de una tesis, que en el campo procesal constituye “lo pedido”: premisas, inferencias y conclusión) Si cumple / No cumple 3. Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Premisa mayor y premisa menor) Si cumple / No cumple 4. Determina las inferencias como análisis de los hechos por los cuales el argumento debe aceptarse. (Encascada, en paralelo y dual) Si cumple / No cumple

			5. Determina la conclusión como cierre de las premisas e inferencias del argumento. (Conclusión única, múltiple: principal, simultánea y complementaria) Si cumple / No cumple
		Sujeto a	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 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 legislatore; t) Principio prohibitivo de la reformatio in peius. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales) Si cumple / No cumple
		Argumentos interpretativos	1. Determina los argumentos interpretativos de la norma jurídica como técnica de interpretación. (Argumento: sedes materiae; a rúbrica; de la coherencia; teleológico; histórico; psicológico; apagógico; de autoridad; analógico; a fortiori; a partir de principios) Si cumple / No cumple

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 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 dimensión	Valor (referencial)	Calificación
Si cumple con los Sujetos, Resultados y Medios	4	[0]
Si cumple con la Analogía, Principios generales, Laguna de ley,	3	[2,5]

y Argumentos de integración jurídica		
Si cumple con los Componentes, Sujeto a, y Argumentos interpretativos.	8	[5]

Fundamentos:

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

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

Cuadro 4

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

Variables	Dimensiones	Sub dimensiones	Calificación			Rangos de calificación de la dimensión	Calificación total de la dimensión	
			De las sub		De la dimensión			
			Nu	A				Sie
			nea	veces				mpre
			[0,5]	[1,5]	[2,5]			
Incompatibilidad Normativa	Exclusión	Validez Formal	X			5	[17 - 25]	5
		Validez Material	X				[9 - 16]	

Variable	Dimensiones	Sub dimensiones	Por remisión	Inadecuada	Adecuada	[0 - 8]		
			[0]	[2,5]	[5]			
Técnicas de interpretación	Interpretación	Sujetos		X		10	[52 - 75]	20
		Resultados		X				
		Medios		X				
	Integración	Principios generales	X			0	[26 - 51]	
		Laguna de ley	X					
		Argumentos de interpretación jurídica	X					
	Argumentación	Componentes		X		10	[0 - 25]	
		Sujeto a	X					
		Argumentos interpretativos		X				
		Colisión	Control difuso	X				

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

Fundamento:

- 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 2,5 = Adecuada
- [26 - 51] = Cada indicador se multiplica por 1,5 = Inadecuada
- [0 - 25] = Cada indicador se multiplica por 0,5 = 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 sentencia casatoria N° 2893-2013, perteneciente a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, sobre Nulidad de Acto Jurídico.

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

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

Lima 19 de enero de 2018

Eli Abanto Chávez

DNI N°

ANEXO 4
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

SUMILLA.- En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

Lima, seis de mayo de dos mil dieciséis.-

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil setecientos dos - dos mil quince, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

I.- MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante A.M.C.M (folios 1418) contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revocó la sentencia contenida en la Resolución número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho (folios 596), que declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, disponiendo que el demandante en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija M.C.C y se le concede un régimen de visita a la madre en el horario

del primer y tercer sábado y segundo y cuarto domingo de cada mes, desde las diez de la mañana a seis de la tarde con externamiento, con costas y costas, reformándola declararon infundada la misma.

II.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema mediante la Resolución de fecha veintinueve de setiembre de dos mil quince (folios 41 del cuadernillo de casación) ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales:

a) Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; refiere que no existe una razón lógico jurídica del por qué le es favorable la tenencia a la madre en los Estados Unidos sin haber mediado alguna prueba que considere su real situación físico y/o psicológica y así como la aplicación del Principio de Interés Superior del Niño, asimismo, no existe pronunciamiento debidamente motivado de la concurrencia de un síndrome de alineación parental ni sobre la conducta procesal de la madre y como ha afectado la relación parental de la menor con su padre; que, no se hace referencia como deberá ser el cumplimiento del régimen de visitas y cuáles serían las medidas reparadoras; alega que no se ha incumplido con las pruebas ordenadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema como son: La declaración de parte que debió actuarse ante la propia Sala de Familia, respetando el principio de intermediación y de conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil; la entrevista a la menor (prueba especial) la que correspondía ser actuada directamente por la Sala de Familia con presencia del Ministerio Público y en forma reservada; Las pruebas psicológicas, que debieron ser emitidas por el equipo multidisciplinario de conformidad con el artículo 149 y 150 del Código de los Niños y los Adolescentes, agrega que el Ad-Quem estableció que la actuación de dichos medios probatorios se ejecutarían en los Estados Unidos, lo que ha conllevado una dilación del proceso desde el año dos mil nueve hasta el dos mil quince, sin embargo, no se ha actuado ninguna de las pruebas, por ello es que se ha concluido la apelada con votos dirimentes, violándose el artículo 396, última parte, del Código Procesal Civil.

b) Infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; sostiene que en el presente caso se ha probado que existe un acto de

padrectomía y de síndrome de alineación parental, la conducta procesal de la demandada ha sido orientada a no cumplir con el régimen de visitas y lograr un nulo contacto con el padre, por lo que debe variarse la tenencia de la menor al padre.

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas tanto procesales como materiales, declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del 1er procesal. Es así que A.M.C.M interpone demanda de Variación de Tenencia respecto a su menor hija M.C.C dirigiendo su acción contra H.E.C.C. Como fundamentos de su pretensión señala: **a)** Durante el trámite del proceso de Divorcio, ambas partes presentaron una Propuesta de Convenio, en la cual convenían que el recurrente podía visitar a su menor hija libremente cualquier día, incluso los sábados y domingos ya sea fuera o dentro del hogar en las oportunidades que crea conveniente en un horario prudente, previa coordinación con la madre de la menor, siempre y cuando ello no perturbe o perjudique su horario de alimentación o sueño; en cuanto a la tenencia y custodia, se establece que ambos padres conservarán la patria potestad de la menor; **b)** El once de agosto del año dos mil seis, se realizó la respectiva constatación policial, debido a la imposibilidad de realizar las correspondientes visitas a su menor hija, señala que los abuelos maternos de la menor le manifestaron que la niña se encuentra en los Estados Unidos de Norteamérica; **c)** El recurrente no prestó su autorización para la salida de la menor del país; **d)** Sus abuelos maternos no le han indicado cual es el domicilio de su hija lo que ha impedido que tenga comunicación con ella; **e)** A fin de investigar el paradero de su hija, solicitó a la Dirección de Migraciones un Certificado de Movimiento Migratorio de la demandante y su menor hija, observando que no existe salida alguna de la emplazada y la menor; **f)** Se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia; y **g)** La madre de la menor se encontraba viviendo en los Estados Unidos, debido a una beca de estudios que debió durar cuatro meses y se ha prolongado por cuatro años, lo que originó que ésta dejara a su menor hija al cuidado de sus abuelos maternos, lo que significa que la demandada abandonó a la menor.

SEGUNDO.- La demandada a través de su apoderado contesta la demanda⁷, señalando básicamente: i) El demandante viene amenazándola diciendo que cuando su

⁷ Folio 55

hija cumpla cinco años de edad, la quitará de su cuidado; ii) Desde el momento de la concepción el demandante no quiso asumir su paternidad, negándola y maltratándola física y psicológicamente; iii) Resulta falso que su hija se encuentre desaparecida, al contrario, a raíz de las constantes amenazas en su contra, es que tomó la decisión de instalarse en provincia con su hija, ya que corre peligro tanto ella como su persona; iv) Resulta falso que el demandante cumpla con la pensión de alimentos, ya que de acuerdo a la propuesta de convenio expresada en la sentencia de Separación de Cuerpos del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, el actor debía asistir con una pensión mensual de ochocientos soles (S/.800.00), suma que jamás fue cancelada y tampoco requerida, justamente, para mantenerlo alejado, dado su nivel de peligrosidad e impredecible conducta, lo cual ponía en riesgo a su hija. v) El demandante jamás hizo ejercicio de su derecho al Régimen de Visita, puesto que el actor ha llegado a ausentarse hasta cuatro meses seguidos sin que aparezca a visitar a la menor; vi) El accionante sufre de una serie de desórdenes en su conducta y personalidad, lo que lo lleva a convertirse en una persona sumamente violenta y agresiva, dejándose llevar por sus emociones internas, lo cual lo coloca en una situación psicológica y psiquiátrica anormal respecto a su persona, su familia y esencialmente respecto a su menor hija; vii) Su hija no se encuentra desaparecida, menos aún abandonada, al contrario ella se encuentra bajo su perfecto cuidado como siempre ha sucedido y si ha variado su residencia a provincia es porque entre el quince y dieciséis de julio el accionante amenazó nuevamente con raptar a su hija; viii) Si es que el accionante jamás cumplió de manera fehaciente su Régimen de Visitas, porqué otorgarle la tenencia ahora, más aún cuando a través de su demanda no ha comprobado que su persona se haya conducido en contra de los intereses de su hija menos aún que posea una conducta capaz de poner en riesgo la estabilidad y bienestar de la menor. Por Resolución número seis de fecha quince de diciembre de dos mil seis (folio 64) se tiene por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.

TERCERO.- Mediante la Resolución número nueve contenida en la Acta de Audiencia Única de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete⁸, se fijó como punto

⁸ Folio 107

controvertido: i) Establecer si procede declarar la variación de la tenencia y custodia de la menor M.C.C, concediéndola a favor del demandante, en su condición de padre.

CUARTO.- Por Sentencia del veinticinco de agosto de dos mil ocho, el Juez del Décimo Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, en consecuencia, que el accionante A.M.C.M en su calidad de padre ejercerá la tenencia y custodia de su menor hija M. C. C. concediéndose a la madre H y E.C.C. un régimen de visitas en el horario del primer y tercer sábado y el segundo y cuarto domingo de cada mes de diez de la mañana a seis de la tarde, con externamiento, con costas y costos. Entre los fundamentos que sustentan esta decisión, se precisa: i) De todos los medios probatorios en conjunto se concluye que la demandada H.E.C.C y su menor hija se encuentran fuera del país, tal como fluye de lo expuesto por el apoderado en su escrito de fojas 246; ii) El apoderado de la emplazada en ningún momento reveló con exactitud y certeza el paradero actual de la menor, por el contrario, ha precisado domicilios diferentes en donde no se encontraba físicamente la menor, pretendiendo que se practique la visita social en un domicilio donde ya no se encontraba, lo que originó que se prescindiera de esta prueba; iii) Se ha requerido a la parte demandada a fin que se apersonara al área psicológica del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia (folio 315) a efectos que se lleve a cabo las correspondientes evaluaciones a su persona como de la menor, por tal motivo, al no haberse presentado a las diligencias no pudo ser escuchada en la secuela del proceso; iv) Dichos hechos demuestran displicencia de la madre demandada en esclarecer y solucionar el conflicto de intereses surgidos en beneficio de su menor hija, por lo que, debe meritarse su conducta procesal.-

QUINTO.- Apelada la sentencia por la demandada, la **Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima**, mediante la Resolución número ocho, de fecha uno de diciembre de dos mil ocho⁹, declaró nula la sentencia de primera instancia del veinticinco de agosto de dos mil ocho y ordenaron que el A-quo emita nuevo pronunciamiento, sujetándose a los lineamientos establecidos. Esta decisión fue impugnada a través de un recurso de casación formulado por el demandante A.M.C.M. por lo que mediante la Ejecutoria Suprema

⁹ Folio 693

del veintiocho de diciembre de dos mil nueve¹⁰, se declara fundado el recurso y nula la sentencia de vista ordenándose que se emita nuevo pronunciamiento, luego de actuarse los medios probatorios que se detallan en dicha resolución, es así que por Resolución de Vista número setenta y siete del veintisiete de mayo de dos mil quince¹¹, la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, revoca la sentencia de primera instancia número treinta de fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho y reformándola declara infundada la demanda, bajo las siguientes consideraciones: i) Del Informe Social practicado en el domicilio del accionante (folios 224), se infiere que éste no tuvo convivencia con la madre de su hija, ni con esta última, puesto que la primera residía en la ciudad de Lima, mientras que él lo hacía en Chimbote; ii) Si bien es cierto resulta reprochable la conducta de la emplazada de llevarse a su hija a los Estados Unidos de Norteamérica con fines de residencia sin conocimiento del progenitor, ocasionando con su actitud un evidente daño al demandante al verse privado de la presencia de la menor, también lo es que la adolescente vivió desde que nació con su progenitora y no con su padre, por cuanto éstos se separaron desde que la demandada contaba con tres meses de gestación, lo que significa que de haberse escuchado la opinión de la niña seguramente hubiera asentido en el viaje, es por ello que cuando conversó telefónicamente con el accionante lo primero que hizo fue pedirle permiso para quedarse allá, según lo ha referido el propio demandante; iii) La menor tiene en la actualidad quince años de edad y está próxima a cumplir dieciséis años, que a lo largo de su existencia ha convivido con su madre mayor tiempo, pues el hecho de que esta última haya realizado viajes a los Estados Unidos durante sus primeros años no significa que se haya despreocupado o desatendido de su persona, ya que la dejaba al cuidado de sus abuelos maternos con el consentimiento del demandante, tan es así que cuando la demandada viaja con la menor, el padre expresaba su autorización; iv) La demandada reside en la ciudad de New York de los Estados Unidos de Norteamérica, donde ha formado un nuevo hogar al haber contraído matrimonio con un ciudadano norteamericano y procreado una hija, hogar donde vive la menor desde el año dos mil cinco, lo que significa que por tiempo transcurrido a la actualidad se ha adaptado a su nueva familia y a las costumbres de

¹⁰ Folio 736

¹¹ Folio 1389

dicho país, por lo que desarraigarla nuevamente de este nuevo hogar le ocasionaría un perjuicio inminente en su estabilidad emocional y en su bienestar, lo que colisionaría además con el interés superior del niño, niña o adolescente.

SEXTO.- Habiéndose declarado procedente el recurso de casación por causal referida tanto a la **infracción normativa procesal**¹² **y sustantiva**¹³, es necesario señalar que la primera, es sancionada ordinariamente con nulidad procesal. La misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos.

SÉTIMO.- El Debido Proceso, está referido al respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, por el cual se posibilite que toda persona pueda recurrir a la justicia para obtener Tutela Jurisdiccional Efectiva, a través de un procedimiento legal con la observancia de las reglas procesales establecidas para el procedimiento y a través del cual las instancias jurisdiccionales emitan pronunciamiento debidamente motivado con arreglo a ley. A nivel doctrinario, se ha señalado que el Derecho al Debido Proceso tiene dos vertientes; la primera de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el Derecho al Juez Natural, el Derecho a Probar, el Derecho a la Defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa¹⁴. En este sentido el Tribunal Constitucional señaló, que el debido proceso: "no tiene un 'ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualquiera de los derechos que lo comprenden v.g. el Derecho de Defensa, el Derecho a la Motivación de las Resoluciones Judiciales,

¹² Inciso 3 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú

¹³ Artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes

¹⁴ Hurtado Reyes, Martín, La casación Civil, Una aproximación al control de los hechos, Lima, Idemsa 2012, p. 299

reconocidos en los incisos 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, respectivamente (...)"¹⁵

OCTAVO.- Es así que cuando un procedimiento judicial se ha llevado a cabo con deficiencias y vicios procesales graves, que importen Violación del Debido Proceso, se deberá invalidar todas aquellas actuaciones afectadas por tal violación y repetirlas con el cumplimiento y respeto de todas las garantías requeridas, conforme lo dispone el artículo 171 del Código Procesal Civil y lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fundamentos 217 a 219 y 221, de la sentencia recaída en el caso Castillo Petrucci y otros contra el Estado Peruano.

NOVENO.- Uno de los contenidos esenciales del Derecho al Debido Proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso lógico que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de Administrar Justicia se haga con sujeción a la Constitución Política del Perú y a la Ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del Derecho de Defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisando el contenido del derecho constitucional a la Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales, ha señalado que éste: "(...) se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por

¹⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente número 1436-2006-PAJTC, del 27 de febrero de 2008)

remisión (...)¹⁶. En concordancia con lo expuesto, el mismo Tribunal ha señalado también que una Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales "(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) (...). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate jurídico generando indefensión, constituye " vulneración del Derecho a la Tutela Judicial y también del Derecho a la Motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)"¹⁷

DÉCIMO.- Antes de analizar los argumentos sobre los cuales reposan las infracciones denunciadas, es menester tener cuenta que el demandante básicamente solicita la variación de la tenencia de su menor hija bajo la premisa que ésta fue llevada a residir a los Estados Unidos sin que medie su autorización, lo que originó que pierda contacto con ella, afectando su relación paterno filial.

DÉCIMO PRIMERO.- Para analizar la mencionada infracción denunciada, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte es consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, de modo que ya no se trata de la familia nuclear, formada por el padre, madre e hijos, sino que se ha reconocido la existencia de familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, de modo que los roles de cada miembro de éstas han ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna,¹⁸ la función que éstos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a que: "la familia desempeña una tarea psicológica y existencial que sienta las bases, no solo de todo aquello que se refiere a las funciones de reproducción biológica y de

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Sentencia recaída en el Expediente número 04348-2005-PA/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento dos.

¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente número 4295-2007-PHC/TC, del 22 de setiembre de 2008, fundamento cinco

¹⁸ Debe precisarse aquí, que cuando se trate de familias monoparentales, en las que existe una situación de mayor riesgo para los menores, será muy importante el bienestar emocional que el padre presente le brinde a los hijos para afrontar dicha situación, de modo que la estructura familiar no influya en la calidad de vida del menor. (Investigación realizada por: Susan Golombok Modelos de Familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta? Barcelona: Graó. 2006.

sostén material, sino también, y principalmente, de lo que constituye el espacio afectivo donde el niño experimenta tanto la ternura y el afecto, así como también las primeras frustraciones y límites, constituyéndose en un lugar único para el aprendizaje experiencial, el cuál marcará en gran medida las vivencias futuras en la adultez"¹⁹

DÉCIMO SEGUNDO.- Es así que todas las medidas que se tomen en relación a la menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término muy amplio y que puede tener cierto grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.

DÉCIMO TERCERO.- Por consiguiente, en aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres²⁰. Si bien es cierto, podría resultar confusa la idea de un "menor maduro", éste debe ser entendido como aquel momento en el que el menor es capaz de acceder al ejercicio de sus derechos fundamentales inherentes a él como persona, siendo capaz de comprender las ventajas y riesgos, de diferencia de lo bueno y lo malo, y a partir de ello decidir lo adecuado sobre el tema que será materia de decisión; por ende, debe realizar un análisis exhaustivo de la conducta del menor a lo largo del proceso que se trate.²¹

DÉCIMO CUARTO.- Es por ello que, los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte a la menor, deberán tener en cuenta que: "El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por si misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar

¹⁹ Alberto Arocena, Gustavo. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes". Buenos Aires. Astrea, 2010. pág. 2-3.

²⁰Cfr. Makianich. Cip. Cit. Pág. 94-96

²¹ Cfr. De la Válgoma. Óp Cit. Pág. 123-136.

neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social²².

DÉCIMO QUINTO.- El demandante señala que la Sala Superior no ha tenido en cuenta cuál es la real situación física y psicológica de la menor ni existe motivación de la concurrencia de un síndrome de alineación parental y cómo la conducta de la madre afecta la relación con el padre, asimismo, alega que no se ha dado cumplimiento a los lineamientos establecidos en la Casación número 684-2009-Lima²³

15.1 Al respecto, cabe indicar que en anterior oportunidad esta Sala declaró fundado el recurso de casación interpuesto por A.M.C.M y, en consecuencia nula la sentencia de vista de fecha uno de diciembre de dos mil ocho, toda vez que se trasgredió el Principio de Inmediación, ordenando que se recaben pruebas, tales como la declaración de la demandada, la entrevista a la menor y la evaluación psicológica de ambas y que el Colegiado Superior agote los instrumentos jurídicos que le otorga la ley para actuar los medios probatorios mencionados, para lo cual deberá **deber tenerse en cuenta los Principios de Economía y Celeridad Procesal** contenidos en el artículo 5 del Título Preliminar del Código Procesal Civil, párrafo segundo, tercero y cuarto.

15.2 En cumplimiento a dicho mandato, de autos se desprende que se ha tomado la declaración de parte de la demandada²⁴ y la entrevista a la menor²⁵ en los Estados Unidos de Norteamérica, ahora, si bien éstos fueron elaborados en el idioma inglés, no menos cierto es que se ha requerido la traducción de los mismos a las partes, la designación de un Perito Judicial Ad Honorem para que realice la traducción de las actas y finalmente la intervención de la Gerencia de Administración de la Corte Superior de Justicia de Lima para que por única vez se encargue de la traducción de las declaraciones del idioma inglés al castellano ²⁶, Oficina que comunicó que dicho servicio sería convocado en el próximo ejercicio presupuestal²⁷, lo que originó que la

²² Makianich. óp Cit. Pág. Pág. 98-99.

²³ Folio 1167

²⁴ Folio 1226

²⁵ Folio 1260

²⁶ Resolución número sesenta y seis del quince de setiembre de dos mil catorce, Folio 1330

²⁷ Oficio Nro 3601-2014-CLUAF-CSJLIPJ Folio 1342.

Sala Superior prescinda de dicho medio de prueba a través de la Resolución número sesenta y nueve de fecha cinco de marzo de dos mil quince²⁸, decisión que resulta ajustada al desarrollo del proceso, atendiendo a los Principios de Economía y Celeridad Procesal, puesto que desde que se presentaron las actas a la Sala Superior hasta la fecha en que se emite la resolución que prescinde de éstas, había transcurrido más de un año.

DÉCIMO SEXTO.- De otro lado, de acuerdo a la Evaluación Psiquiátrica número 0402-10-2007-PS0²⁹ y el Informe Social ³⁰ ambos practicados al demandante, éste refiere que su hija nunca vivió con él y que la menor siempre estuvo al lado de su madre; que durante el tiempo que duró el matrimonio no han tenido convivencia ya que la señora vivía en Lima y él por su trabajo en Chimbote, asimismo, el demandante señaló en el Informe Social: "no la veo (hija) desde el 25 de julio del año pasado (2006) este año me llamaron dos veces, la bebe para decirme para que firme un Convenio para renunciar a todo derecho, eso anularía el proceso de sustracción que está en el Callao y la Variación de la Tenencia" ³¹

16.1. Ahora, según el Acta de Audiencia Única de fecha veintiuno de mayo de dos mil siete ³², el demandante respondió a la pregunta tres: "(...) que la mamá de su hija se ha comunicado por teléfono con él, a las dos semanas que ha salido la menor y la niña se ha comunicado con el declarante este año, hace un mes, le llamó a su teléfono de Chimbote para decirle papá dame el permiso para quedarme en Estados Unidos".

16.2. Lo antes acotado denota que la menor hija del demandante, tiene conocimiento de los procesos judiciales que giran en torno a su permanencia en los Estados Unidos de Norteamérica y expresa con claridad ante su progenitor su deseo de residir en dicho país en compañía de su madre, además, debe tenerse en consideración que la niña, según las versiones de las partes, recogidas a lo largo del proceso, salió de su país natal en el año dos mil cinco, cuando tenía seis años³³ y cuenta a la fecha con diecisiete años de edad, es decir, en un año, la menor cumplirá la mayoría

²⁸ Folio 1330

²⁹ Folio 189

³⁰ Folio 224

³¹ Evaluación Psiquiátrica Nro 040210-2007-PSQ. II Motivo de Evaluación. Folio 190

³² Folio 144

³³ Partida de Nacimiento a folios 3

de edad que la legitimará para decidir, sin la intervención de sus padres, donde desea residir, es así que conforme lo ha recogido la Sala Superior, a la luz de los hechos y las pruebas actuadas, la menor confirmaría su deseo de seguir viviendo al lado de su señora madre con su hermana y el esposo de la demandada.-----

DÉCIMO SÉTIMO.- Dicho discernimiento también fue recogido por la Sala Superior, lo que demuestra que los Jueces utilizaron su apreciación razonada en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, por consiguiente, la decisión adoptada por el Colegiado se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que, no se afecta el Debido Proceso, ya que se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso y a los lineamientos que estableció esta Sala Suprema con anterioridad, por ello, dicho fallo no puede ser cuestionado por infracción al Debido Proceso, al haberse respetado los principios constitucionales y el deber de motivación, expresándose el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, deviniendo en infundada la denuncia de infracción normativa procesal.

DÉCIMO OCTAVO.- En cuanto a la infracción normativa material del artículo 91 del Código de los Niños y los Adolescentes, tenemos que dicha norma regula como una de las causales de la variación de la tenencia, el incumplimiento del Régimen de Visitas, sobre el particular, el demandante aduce que esta norma no ha sido observada por el Colegiado Superior, empero, de acuerdo a las consideraciones precedentes, el Ad Quem inicia el análisis del caso a partir del incumplimiento del Régimen de Visitas a consecuencia del viaje a los Estados Unidos de Norteamérica que realizó su menor hija en compañía de la demandada, sin que exista autorización para ello, acción que ha sido criticada por la Sala Superior (considerando décimo primero) pero que no ha logrado superar las consecuencias que dicha variación puede originar sobre la menor, como es la angustia al verse separada de su madre con quien vivió desde su nacimiento y, adicionalmente a ello de su hermana menor y la aflicción al incorporarse a un nuevo grupo familiar y educativo, variando sus costumbres y su ritmo de vida, más aún si está próxima a cumplir la mayoría de edad, por lo que, debe primar el interés superior de la niña, privilegiando su estabilidad emocional y su bienestar familiar, por

consiguiente, no puede argumentarse la omisión de dicha disposición sustantiva, cuando ésta ha sido la base de la pretensión y de la Resolución de Vista cuestionada, por lo que, los argumentos sobre los cuales reposa la infracción que se denuncia, carecen de asidero.

18.1. Abunda sobre el particular que a efectos de salvaguardar y afianzar la relación de la menor M.C.C con su padre, la Sala Superior ha dictado las medidas necesarias a efectos que padre e hija mantenga comunicación, estableciendo que la demandada debe facilitar este acercamiento ya sea por vía telefónica, cámara web, Skype y/o cualquier otro medio de tecnología, incluyendo visitas al Perú previa coordinación con el demandante, lo que finalmente coadyuvará a afianzar la relación que mantenía con su hija.

IV. DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante A.M.C.M. (folios 1418); **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número setenta y siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil quince (folios 1389) expedida por la Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad, en los seguidos por A.M.C.M contra H.E.C.C sobre Variación de Tenencia; y los devolvieron. Ponente Señor R..D, Juez Supremo.

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA